

**A noção de família para o Judiciário Latino-americano**  
*Uma reflexão sobre a influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual*

**Por Roberto Arriada Lorea**

**Introdução**

A partir da revolução francesa, o casamento deixa de ser um sacramento, tornando-se um contrato social, no qual as partes manifestam sua vontade de se comprometer entre si, para uma vida a dois. Todavia, no contexto da América Latina, em que pese a legislação já contenha os elementos dessa transformação do casamento religioso em casamento civil, ainda há posicionamentos no âmbito do Poder Judiciário, que contemplam a noção sacralizada de família, o que tem retardado a implementação da cidadania sexual, notadamente quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ao insistir na idéia de que a procriação seja o objetivo do casamento, viola-se a autonomia reprodutiva assegurada nas Conferências do Cairo e de Beijing, documentos que passaram a integrar os ordenamentos jurídicos latino-americanos. De resto, a grande maioria das Constituições latino-americanas, em alguma medida, incorporou a proteção dos direitos reprodutivos, fazendo certo que a finalidade do casamento é o comprometimento afetivo-sexual entre as partes, independentemente da vontade (ou possibilidade) de ter filhos.

Perceber a dimensão religiosa de uma visão do casamento atrelado à procriação é importante para compreender a influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual. Influência que viola o direito à liberdade de consciência, pois valores religiosos não podem ser impostos pelo Poder Judiciário.

**A família juridicamente naturalizada**

A concepção de uma “família natural” tem sido a principal estratégia utilizada pelo pensamento religioso no debate sobre questões de cidadania e sexualidade, especialmente no que diz respeito à democratização do casamento, para fins de assegurar o acesso independentemente da orientação sexual.

Para enfrentar a proposta religiosa é preciso compreender que argumentar em termos de “família natural”, como esclarece Martha Nussbaum (2001), é uma forma de argumento escorregadio, posto que o termo “natural” está longe de ser unívoco. Ao se afirmar uma relação R é “natural”, pode-se estar recorrendo a uma, dentre quatro alternativas: 1. biologia: R é baseada num dom inato, numa tendência; 2. tradição: R é o único modo que nós conhecemos, as coisas sempre foram desse modo; 3. necessidade: R é o único modo possível, as coisas não podem ser de outro modo; 4. norma: R é o certo e o apropriado, o modo como as coisas deveriam ser.

Argumentos baseados no “natural” freqüentemente deslizam entre essas diferentes proposições, sem qualquer argumentação. Por certo que nenhuma dessas inferências é legítima: os costumes não estão fundados na biologia, e nossa limitação em conceber outros modos de convivência pode estar mais ligada à falta de imaginação do que a uma herança que justificasse a impossibilidade de modos alternativos. Claramente, a longevidade de um costume não demonstra que o mesmo é correto. (Nussbaum, 2001: 254).

Compreende-se, assim, que a utilização de argumentos deterministas, cujo uso tem sido recorrente por aqueles que defendem uma “naturalidade” da família, não resistem a uma análise adequada, revelando-se insustentáveis enquanto obstáculo à democratização do acesso ao casamento.

Porém, a noção de família tem sido juridicamente naturalizada, isto é, muitos juristas ainda propõem uma concepção de família calcada na santidade do casamento, o qual estaria necessariamente atrelado à procriação. Essa visão religiosa do compromisso assumido entre as partes, atribuindo-se à união afetivo-sexual uma necessária finalidade reprodutiva, já não se conforma aos ordenamentos jurídicos latino-americanos.

Quanto ao fato de que alguns Códigos Civis ainda contenham referências à formação de prole<sup>1</sup>, ao tratar do instituto do casamento, é preciso deixar claro que as respectivas Constituições (a lei maior) desses mesmos países asseguram, em maior ou menor grau, o direito à autonomia reprodutiva, tornando inconstitucionais quaisquer dispositivos legais que atentem contra essa liberdade. É dizer, tanto homens e mulheres estéreis podem casar, as mulheres que chegaram à menopausa podem casar, também podem permanecer casadas aquelas pessoas cujos filhos já são adultos e constituíram novas famílias.

Há ainda, um outro aspecto que não pode ser esquecido na análise da doutrina católica sobre a família. É preciso ter em mente que, mesmo que fosse exigível a procriação como requisito para se ter o direito de casar (constituir família), ainda assim seria equivocada a premissa do argumento da “família natural”, porque restringiria a constituição de prole, sem qualquer justificativa, à hipótese de filiação biológica. Como esclarece Françoise Héritier “Não existem, até nossos dias, sociedades humanas que sejam fundadas unicamente sobre a simples consideração da procriação biológica ou que lhe tenham atribuído a mesma importância que a filiação socialmente definida. Todas consagram a primazia do social – da convenção jurídica que funda o social – sobre o biológico puro. A filiação não é, portanto, jamais um simples derivado da procriação. É uma terceira constante” (Héritier, 2000:102).

Portanto, mesmo na hipótese de que fosse a procriação um requisito para o casamento, esta poderia se dar através da adoção<sup>2</sup>, o que tornaria sem sentido a exigência de capacidade reprodutiva em termos biológicos.

### **Jurisdição Secular [vs. Eclesiástica]**

Um aspecto que deve ser destacado no debate sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, diz respeito ao fato de que a doutrina católica tem posição definida, através de documentos oficiais do Vaticano, acerca dos projetos de reconhecimento legal de uniões entre pessoas homossexuais.<sup>3</sup> Nesse sentido, é preciso lembrar que os ordenamentos jurídicos da América Latina asseguram o princípio da dignidade da pessoa humana, protegido pelo princípio da não-discriminação. Portanto, não há sustentação legal para hierarquizar as diferentes orientações sexuais, revelando-se discriminatória qualquer tentativa nesse sentido.

Dignidade pressupõe igualdade de tratamento pelo ordenamento jurídico como um todo. Não basta que todos sejam iguais perante a lei, é preciso que todos sejam iguais perante o juiz. Todavia, ao tratar da proteção legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo, retorna-se, em pleno século XXI, à tensão vivenciada no período das Monarquias do século XIX, quando se debatia a secularização do casamento nos países da América Latina, confrontando-se os ideais republicanos com a doutrina da igreja católica.

No dizer de Daniel Borrillo, “Uma vez produzida a secularização do matrimônio, a característica da consumação (como união de duas carnes) do sacramento religioso é substituída pelo consentimento (como união de duas vontades) própria ao direito civil. Sendo o acordo de vontades, e não a copula carnalis o que faz a essência do matrimônio, a conditio sine qua non de sua existência não pode continuar sendo a diferença dos sexos das partes contratantes. Em outras palavras, para o direito secular, o que conta não é a natureza física da instituição, mas a sua dimensão psicológica. À carne sexuada da regra canônica, o direito moderno opõe o sujeito abstrato, livre e consciente” (Borrillo, 2006: 03).

Contudo, ressalvadas as exceções, os membros do Poder Judiciário latino-americano têm obstaculizado o acesso democrático ao casamento – transformando-o em um privilégio heterossexual – através de argumentos vazios, fazendo uma vaga referência à proteção da família, sem precisar que riscos estariam justificando suas decisões.

Como afirma Eric Posner, os opositores do casamento entre pessoas do mesmo sexo deixam de articular os argumentos religiosos que estão implícitos nessa postura, limitando-se a uma vaga menção à subversão do casamento (e da família), mas não descrevem o processo através do qual essa subversão poderia ocorrer (Posner, 200: 84). Trata-se de adesão ao senso comum homofóbico difundido pela doutrina católica através dos documentos oficiais do Vaticano sobre o tema no período em que a Congregação para a doutrina da fé esteve sob a prefeitura do Cardeal Joseph Ratzinger.<sup>4</sup>

Portanto, é preciso verificar se as decisões do Poder Judiciário estão baseadas em justificativas razoáveis, passíveis de serem verificadas à luz da razão, ou se estão informadas por dogmas religiosos.

Desde uma perspectiva laica, conforme já afirmou a Suprema Corte de Massachusetts, em julgamento de 2003 (Sullivan, 2004: 112), reconhecer o direito de um indivíduo se casar com uma pessoa do mesmo sexo não irá diminuir a validade ou dignidade do casamento entre pessoas do sexo oposto. Estender o casamento civil para casais do mesmo sexo reforça a importância do casamento para os indivíduos e para a comunidade.

## **Conclusão**

Como proposto, procurei demonstrar ao longo do texto que a noção de família que tem sido empregada pelo Poder Judiciário latino-americano, como obstáculo à implementação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, está alicerçada em uma doutrina religiosa específica, cuja imposição através de um dos Poderes do Estado é violadora das liberdades laicas.

O exame do conjunto de normas vigentes e o modo como têm sido interpretadas, sugere que, mais do que alguma reforma legislativa é necessária uma mudança de mentalidade dos juízes latino-americanos, para que se dê eficácia aos direitos sexuais e reprodutivos já incorporados aos ordenamentos jurídicos nacionais, como consequência da participação dos países latino-americanos nas Conferências das Nações Unidas.

A presente análise sugere que também em outros temas ligados à cidadania sexual, as razões de decidir dos juízes estejam contaminadas por dogmas religiosos, revelando a necessidade de se realizarem pesquisas para verificação dessa hipótese, através de uma leitura crítica de um conjunto de decisões do Poder Judiciário latino-americano.

## **Referências Bibliográficas**

**ARENDET**, Hannah

Reflections on Little Rock, In (Andrew Sullivan) Same-sex Marriage, Pro & Com – A Reader. New York: Vintage Books, 2004, p. 145.

**BORRILLO**, Daniel

- O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional. Artigo publicado na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br> em 2005. Acesso: outubro/2006.

- Matrimônio entre pessoas do mesmo sexo e homoparentalidade; uma nova etapa da modernidade política e jurídica. Conferência proferida no Fórum do Casamento entre pessoas do mesmo sexo, no Centro de Estudos de Antropologia Social – Associação ILGA Portugal. Disponibilizado no site

<http://pwp.netcabo.pt/0170871001/DanielBorrillo.pdf>. Acesso: setembro/2006.

**HÉRITIER**, Françoise

A coxa de Júpiter. Reflexões sobre os novos modos de procriação. Revista Estudos Feministas, ano 8, vol. 1, 2000, pp. 99-114.

**LOREA**, Roberto Arriada

- O amor de Pedro por João à luz do Direito de Família. Reflexões sobre o “casamento gay”. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, nº 31, agosto-setembro de 2005, pp. 31-38.

- Homoparentalidade por adoção no Direito brasileiro. Revista do Juizado da Infância e Juventude, ano III, nº 5, 2005, pp. 37-44. Versão eletrônica disponível em [http://jij.tj.rs.gov.br/jij\\_site/jij\\_site.home](http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/jij_site.home)

**NUSSBAUM**, Martha C.

Women and Human Development – The Capabilities Approach. New York: Cambridge University Press, 2001.

**POSNER**, Eric A.

Law and Social Norms. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2002, p. 84.

**SULLIVAN**, Andrew

Same-sex marriage Pro & Com – A reader. New York: Vintage Books, 2004.

**ZAMBRANO**, Elizabeth et al

O Direito à Homoparentalidade - cartilha sobre famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Ed. Vênus, 2006. Conteúdo disponível em [www.nupacs.ufrgs.br](http://www.nupacs.ufrgs.br)

---

## Referencias

<sup>1</sup> Alguns Códigos Civis ainda fazem referência à finalidade procriativa do casamento, como Chile, art. 102; Colômbia, art. 113; e Nicarágua, art. 94. Por outro lado os Códigos Civis de Brasil, art. 1.511; Bolívia, art. 44 (Código de Família); Costa Rica, art. 11 (Código de Família); Peru, art. 234; Uruguai, art. 83; e Venezuela, art. 44;; não fazem qualquer alusão à constituição de prole nas suas definições do matrimônio.

<sup>2</sup> No Brasil, recentemente foram deferidas as primeiras adoções de crianças por casais formados por pessoas do mesmo sexo: sentença do juiz Marcos Danilo Edon Franco, da Comarca de Bagé (28-10-2005). Sentença do juiz José Antônio Daltoé Cezar, da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre (03-07-2006), unanimemente confirmada pela VII Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (caso nº 70013801592, julgado em 05.04.2006, Relator, Des. Luiz Felipe Brasil Santos). Sobre o tema, ver “Homoparentalidade por adoção no Direito brasileiro” (Lorea, 2005) e “Direito à Homoparentalidade” (Zambrano, 2006).

<sup>3</sup> Convém referir que a defesa de soluções alternativas à democratização do acesso ao casamento, não parece ser a melhor solução para a desigualdade de tratamento em função da orientação sexual. Especialmente com relação às propostas de parcerias civis, como o Pacto Civil de Solidariedade (PaCS) adotado na França, sobre o qual afirma Daniel Borrillo “Os casais homossexuais encontram-se em situação de inferioridade jurídica. Diferentemente do casamento, o PaCS não dá direito algum relativo à filiação, não concede automática e imediatamente um visto de permanência ao estrangeiro, e não dá direito à transmissão de pensão em caso de morte do parceiro. (...) Os parceiros do PaCS não têm direito aos benefícios em matéria de acidente de trabalho, seguro velhice, férias concomitantes, e suas uniões não são reconhecidas fora da França” (Borrillo, 2005: 8). Soluções que se desviam da questão da democratização do instituto do casamento, abdicando de reivindicar o acesso ao casamento, independentemente da orientação sexual, conformam-se a uma concepção religiosa de família, reforçando a heteronormatividade e deixam de enfrentar a questão da igualdade na liberdade de escolha do cônjuge, que é pressuposto da dignidade da pessoa humana. (Lorea, 2005: 38; Arendt, 2004: 145).

<sup>4</sup> Notadamente os seguintes documentos: “Algumas reflexões acerca da resposta a propostas legislativas sobre a não-discriminação das pessoas homossexuais” de 1992; e Considerações sobre os projetos de Reconhecimento legal das Uniões entre Pessoas Homossexuais” de 2003.

---

## Sobre el autor

**Roberto Arriada Lorea**: Juiz de Direito em Porto Alegre, Brasil. Doutorando em Antropologia Social na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Diretor do Departamento de Cidadania e Direitos Humanos, da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS.). Professor na Escola Superior da Magistratura (ESM/AJURIS). E-mail: [lorea@tj.rs.gov.br](mailto:lorea@tj.rs.gov.br)