

## 1

PUBLICUM

.....

## Democracia, direitos humanos e direito natural: crítica à tese de John Finnis sobre o casamento homossexual

*Roger Raupp Rios*

Universidade de Brasília, Brasília/DF, Brasil. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com.

.....

### Resumo

Examina-se de modo crítico a teoria da lei natural, de John Finnis, e sua defesa contra a possibilidade jurídica de reconhecimento do direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a partir de dois pontos de vista: a consistência interna do referencial finnisiano e sua adequação diante do debate sobre direitos humanos. Examinam-se também as alegações associadas à defesa finnisiana, desde a proeminência de uma dita moral majoritária e da ofensa aos sentimentos públicos, até preocupações com a “promoção da homossexualidade”, suas consequências pretensamente prejudiciais aos menores e a fragilização da instituição do casamento. Apontam-se seus limites e sua incompatibilidade em face dos ideais democráticos que suplantaram os projetos nazifascistas no século XX, tomando como caso emblemático a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “*Obergefell vs. Hodges*”.

### Palavras-chave

Direitos humanos; Casamento homossexual; Direito natural; Direito de Igualdade; Direito da Antidiscriminação.

### *Democracy, Human Rights and Natural Law: critique of John Finnis' thesis on homosexual marriage*

### Abstract

John Finnis's theory of natural law and its defense against the legal possibility of recognition of the right to same-sex marriage are critically examined from two points of view: the internal consistency of the Finnish referential and its contents in face of Human Rights approach. The claims associated with the Finnish defense, ranging from the prominence of a majority morality and offense to public sentiment, to concerns about the "promotion of homosexuality", its allegedly damaging consequences to minors, and the frailty of the institution of marriage are also examined. Its limits and its incompatibility are pointed out against the democratic ideals that supplanted the nazi-fascist projects in the 20th century, taking as emblematic case the decision of the Supreme Court of the United States in the case "Obergefell v. Hodges".

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 11-36

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2018.38629

### Keywords

Human rights; Homosexual marriage; John Finnis; Antidiscrimination Law; Equal protection law; Natural Law.

### Sumário

Introdução; 1. O casamento exclusivamente heterossexual e a teoria finnisiana: crítica à autoevidência e ao recurso equivocado às ciências humanas e sociais; 2. Democracia, direitos humanos e casamento homossexual: incompatibilidade e consequências da posição finnisiana; 3. A posição da Suprema Corte dos EUA sobre o casamento homossexual: *Obergefell vs. Hodges*; Conclusão; Referências.

### Introdução

A concretização de uma sociedade democrática, informada pelo pluralismo e pelos direitos humanos e fundamentais, requer uma compreensão além de preconceitos, onde tolerância e respeito à alteridade sejam fortalecidos e levados a sério.

Nesse contexto, a análise de propostas restritivas do direito de igualdade no que respeita à diversidade de gênero e de orientação sexual, em especial ao chamado “casamento gay”, requer atenção e exame. Estas iniciativas invocam, dentre outros fundamentos, a tese da lei natural, desenvolvida por John Finnis, a qual somam-se, dentre outras alegações, desde a proeminência de uma dita moral majoritária e da ofensa aos sentimentos públicos, até preocupações com a “promoção da homossexualidade”, suas consequências pretensamente prejudiciais aos menores e a fragilização da instituição do casamento. Este estudo examina este referencial, apontando seus limites e sua incompatibilidade em face dos ideais democráticos que suplantaram os projetos nazifascistas no século XX, sem esquecer do escrutínio das mencionadas alegações.

Conforme a doutrina da lei natural, sustenta-se que a redescrição do casamento enquanto instituição jurídica aberta a pessoas do mesmo sexo é inadequada e incorreta. Na perspectiva finnisiana, trata-se de um equívoco, dada a realidade da associação humana que é o casamento, configurando descompasso com os bens humanos básicos percebidos pela razão prática, em prejuízo ao florescimento humano, por fragilizar a instituição do casamento, estimular trajetórias de vida incapazes da associação típica, necessária e valiosa do casamento enquanto comunidade familiar baseada na união biológica (heterossexual, permanente e procriativa), tudo sem esquecer as consequências para a educação de crianças e adolescentes.

Essa posição pode ser examinada, pelo menos, a partir de *dois pontos de vista*. O primeiro deles é *interno*: a consistência da construção argumentativa do referencial teórico adotado para a

fundamentação de tal conclusão (primeira parte); o segundo é *externo*, e diz respeito à adequação do referencial eleito considerando sua pertinência diante do debate sobre direitos humanos (segunda parte). Suas consequências podem, por sua vez, ser ilustradas a partir da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “*Obergefell vs. Hodges*” (parte 3), cujos fundamentos vitoriosos implicaram a “redescrição do casamento”, a permitir a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

## 1. O casamento exclusivamente heterossexual e a teoria finnissiana: crítica à autoevidência e ao recurso equivocado às ciências humanas e sociais

Como referido, a primeira abordagem diz respeito ao conhecimento dos bens humanos básicos pela razão prática. No pensamento finnissiano, os bens humanos básicos são autoevidentes e em favor de sua percepção operam “*insights*” (intuições) acessíveis aos seres humanos; isso ocorre sempre que a razão seja empregada de modo adequado na atividade prática de escolha e decisão orientadas para a realização dos benefícios para a vida humana decorrentes dos bens humanos básicos, cuja atenção conduzirá a uma vida integrada e resultará no florescimento humano, tudo relacionado à sociabilidade experimentada nas diversas comunidades humanas, desde a família até o Estado e até mesmo a ordem internacional.

Ora, justificar o casamento como bem humano básico, em especial quando invocados atributos de conjugalidade heterossexual, monogâmica, permanente e procriativa, a partir de uma propalada autoevidência revela-se argumento muito limitado para o debate racional em um mundo plural, onde efetivamente há dissenso e uma longa história. Nesse passo, como registrou Pablo Antônio Lago (2016), presta-se a crítica de R. Dworkin acerca da “tese da incapacidade”, como saída argumentativa que nada adiciona ao debate mediante a alegação de que a discordância de quem não concorde com certa opinião decorra de algum impedimento cognitivo ou até mesmo déficit moral; além de não se mostrar logicamente suficiente, essa sustentação pode até mesmo sinalizar postura de superioridade cognitiva e ética e certa arrogância, dada a inferiorização que pressupõe no outro.

Nesse ponto, a propósito, muito antes do contemporâneo estado da arte nas ciências humanas e sociais quanto à higidez pessoal e social de relações sexuais e afetivas entre pessoas do mesmo sexo, há histórica tranquilidade e aceitação, inclusive aprovação, acerca do valor dessas relações.

Sem falar na Grécia Clássica – onde a par da diversidade de interpretações quanto às relações homossexuais, há consenso quanto à sua legitimidade, aprovação social e importância (DOVER, 1994) –, a história registra um sem número de percepções positivas dos atos e das relações entre pessoas do mesmo sexo. Considerando o contexto e a afiliação religiosa de expoentes do direito natural, relembro, demonstrando *não subsistir historicamente uma autoevidência reprovadora ou negativa das experiências homossexuais nem mesmo na tradição cristã*, a premiada pesquisa histórica de John Boswell (1980), no sentido de que não só a tolerância social, como inclusive aprovação e reconhecimento, estavam presentes diante de atos e de relacionamentos sexuais e afetivos duradouros entre pessoas do mesmo sexo, desde Roma Antiga até o século XIV<sup>1</sup>.

As causas que vão deteriorando esse ambiente de tolerância, abertura e aceitação, culminando em condenação e intolerância, radicam-se não nas compreensões da experiência ou à evolução da teologia ou da filosofia, mas ao advento do absolutismo e à xenofobia, induzida e resultante das Cruzadas, dando início a um novo tempo em que um misto de motivações econômicas, políticas e religiosas nutriram sentimentos de medo de desintegração, voltando-se contra minorias religiosas, étnicas e sexuais que antes conviviam harmoniosamente, em especial contra judeus e homossexuais, em dinâmica histórica que faz lembrar o cultivo do ódio na experiência burguesa (GAY, 1995), bem como o temor de degeneração nacional suscitado pelo desejo homossexual (MISKOLCI, 2012).

Nessa linha, a pesquisa de Louis-Georges Tin também infirma a propalada autoevidência da naturalidade da união heterossexual e de sua pretensa superioridade em face da homossexualidade (TIN, 2008). Ao lado de outras pesquisas, são registradas inúmeras evidências históricas, espalhadas por diversos campos do saber e da sociabilidade (costumes, religião e ciência médica, em especial), indicando não somente a evidência positiva acerca de atos e relacionamentos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, como também os componentes políticos que deram inteligibilidade à heterossexualidade como identidade e a hierarquizaram,

---

<sup>1</sup> Sobre o ponto, registro dados e considerações quanto à normalidade da atração sexual, hetero ou homossexual, inclusive na interpretação dos escritos e notícias de São Basílio e São João Crisóstomo, mesmo não aprovando a expressão genital; mesmo Santo Agostinho, ao censurar atividades sexuais homossexuais, não o fazendo pela homossexualidade em si mesma, mas pelas vedações morais referentes à sexualidade em geral, fosse heterossexual ou homossexual; atitudes tolerantes e positivas acerca do amor e do erotismo, presentes em São Sidônio Apolinário, São João Damasceno, Dom Marbódio de Rennes, importante bispo de Bretanha e Santo Erelde de Rievaulx; a própria hierarquia católica, completamente ciente da homossexualidade nas práticas e costumes eclesiais, ao adotar medidas moralizantes e reformadoras, pouco e às vezes nada se ocupou da repressão ou condenação da homossexualidade, como se verifica no Papa São Leo IX, no Sínodo Laterano de 1059, em passagens da vida do Papa Alexandre II; também na vida monástica, a aceitação e até mesmo o valor das amizades homoeróticas, como se vê em Santo Anselmo; respectivamente, p. 159,161, 163, 165, 210, 216, 219, 223, 225, 219.

politicamente, de modo superior a outras manifestações da sexualidade e da afetividade (KATZ, 2005), movimento que está na raiz da homofobia (BORRILLO, 2010).

Vale dizer: longo e importante período histórico na experiência cristã no período medieval, ao contrário de indicar a presença de qualquer evidência de imoralidade ou de atentado à razão prática ou teológica, demonstra que atos e relacionamentos sexuais e afetivos duradouros entre pessoas do mesmo sexo foram percebidos, considerados e vividos como associações humanas aptas para a realização dos bens do amor e da amizade, marcadas positivamente por intimidade sexual distintiva e essencial de outras amizades destituídas destas notas, inserindo-se dentro do horizonte de inteligibilidade da razão prática e percebidos de modo tão “autoevidente” e “intuitivo” pelo conhecimento humano como os casamentos heterossexuais.

Pode-se também criticar a concepção de casamento finnisiana calcada na “união biológica”, como única conduta que une efetivamente, pois é aquela que, enquanto conduta, adequa-se para a geração, deixando patente a complementariedade que pressupõe a diferença sexual. Sem ela, segundo Finnis, não só se inviabiliza o bem do casamento (conduta é a forma pela qual os cônjuges vivenciam esse bem), como evita-se que a conduta sexual, visando somente à gratificação pessoal, acabe por instrumentalizar os envolvidos, provocando sua desintegração. Somada à união biológica, a “fides” é o outro elemento que compõe o bem humano básico do casamento: mais que dever de abstenção de sexo com outrem, tal “fidelidade” significa a disposição positiva para apegar-se mutuamente ao projeto comum de vida num lar. Daí decorre o dever moral de preservar e proteger o casamento heterossexual da simulação proposta pelo casamento homossexual, que não passaria de mera simulação, uma ilusão.

Para Finnis, impossibilitados de praticar a união biológica, ficam sem sentido os atributos da exclusividade e da permanência na conjugalidade homossexual, a tal ponto que

qual é o caso central dos relacionamentos sexuais entre pessoas do mesmo sexo? Talvez o encontro anônimo na sauna, engajado tendo em vista sua repetição em outro cubículo mais tarde na noite. Talvez seja uma relação entre três ou quatro amigos estáveis e comprometidos entre si. Quem sabe? O que é claro é que (...) não há nada que demonstre porque uma ligação atual entre duas pessoas do mesmo sexo precisa ter a exclusividade e permanência no comprometimento que é inerente à ideia de casamento (incluído o casamento de casais estéreis). (p. 42)

(...)

Aqueles que propõe a ideologia gay, ou teorias do casamento ou atividade sexual entre duas pessoas do mesmo sexo, não possuem bons princípios morais para oferecer contra a promiscuidade (prudente ou moderada), a busca do orgasmo em qualquer toque amigável ou orifício acolhedor (humano ou não) que se pode oportunamente encontrar (...). O mundo dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo (no mundo real, além dos artifícios do debate) não oferece exemplos genuínos, equivalentes ou homólogos do casamento, e apenas pouquíssimas imitações sinceras. (FINNIS, pp. 127 e 133)

Tais imprecações à natureza dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, acompanhadas de generalizações sem base empírica quanto à ocorrência de uniões conjugais

homossexuais, que se situam na base do argumento quanto à união biológica (que, como visto, não afasta heterossexuais estéreis da vivência desse bem humano), encontram-se completamente dissociadas dos dados e das conclusões assentadas pelo estado da arte das ciências humanas e sociais. Mais grave ainda: além de preconceitos irracionais e exercício arbitrário distante da racionalidade prática, os termos e expressões empregados vertem verdadeira injúria homofóbica, modalidade violenta de conduta visando à sujeição do outro (ERIBON, 1999).

*A segunda crítica diz respeito ao alegado suporte emprestado pelas ciências sociais quanto à qualidade das uniões homossexuais.* Argumenta-se que a posição finnisiã não contradiz nem se opõe, antes atenta, ao conhecimento científico sobre as realidades empíricas acerca das uniões homossexuais. Os achados científicos confirmariam não só a distância, como também a impossibilidade, das uniões homossexuais instanciarem o bem humano básico típico do casamento, uma vez que, dada a falta de complementariedade sexual reprodutiva, não tem condições da experiência única que resulta do afluxo dos bens humanos básicos da amizade e da vida, integrados pela abertura à vida pela via procriativa, viabilizada pela diferença sexual biológica. Não é o que o inventário do estado atual da arte das ciências humanas e sociais revela, a tomar por base, por exemplo, a longa lista de *amicus curiae* que antecedeu ao julgamento pela Suprema Corte dos EUA no caso *Obergefell* (que a seguir será objeto de consideração).

Muito ao contrário. Dada a seriedade e a responsabilidade científica e pública das instituições que lá se manifestaram, permito-me ao menos listar alguns dos estudos referidos pela Associação Americana de Psicologia, pela Associação Americana de Psiquiatria, pela Associação Americana de Pediatria, pela Associação pela Terapia para o Casamento e para a Família, pela Associação Nacional dos Trabalhadores Sociais, pela Associação Americana de Psicanálise, pela Academia Americana dos Médicos de Família e, dentre outras ainda, pela Associação Americana de Medicina<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Todos aferindo não só a relevância demográfica e social do casamento entre pessoas do mesmo sexo, como a disposição, capacidade psíquica e emocional de cônjuges do mesmo sexo, tanto para o estabelecer relações sexuais e afetivas permanentes, duradouras, significantes e decisivas para o bem estar do cônjuges, onde a intimidade sexual é decisiva, referências que me permito transcrever diretamente do original: “K.F. Balsam et al., Three-Year Follow-Up of Same-Sex Couples Who Had Civil Unions in Vermont, Same-Sex Couples Not in Civil Unions, and Heterosexual Married Couples, 44 *Developmental Psychol.* 102 (2008); L.A. Kurdek, Change in Relationship Quality for Partners from Lesbian, Gay Male, and Heterosexual Couples, 22 *J. Fam. Psychol.* 701 (2008); L.A. Peplau & K.P. Beals, The Family Lives of Lesbians and Gay Men, in *Handbook of Family Communication* 233, 236 (A.L. Vangelisti ed., 2004). Kurdek, Change in Relationship Quality, supra note 18; L.A. Kurdek, Are Gay and Lesbian Cohabiting Couples Really Different from Heterosexual Married Couples?, 66 *J. Marriage & Fam.* 880 (2004); G.I. Roisman et al., Adult Romantic Relationships as Contexts for Human Development, 44 *Developmental Psychol.* 91 (2008); see generally L.A. Kurdek, What Do We Know About Gay and Lesbian Couples?, 14 *Current Directions in Psychol. Sci.* 251 (2005); Peplau & Fingerhut (2007), supra note 17; Peplau & Ghavami, supra note 17.” A apresentação feita pelos *amici curiae* está disponível em <[https://www.supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs/14-556\\_American\\_Psychological\\_Association.pdf](https://www.supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs/14-556_American_Psychological_Association.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2018.

O estado atual das ciências sociais também contradiz pesadamente as afirmações finnísianas quanto à alegada prejudicialidade da parentalidade por casais homossexuais para o desenvolvimento de crianças, demonstrando não fazer diferença a orientação sexual ou gênero dos pais (ZAMBRANO, 2006), bem como inexistir qualquer evidência científica no sentido de que casais do mesmo sexo sejam menos aptos à parentalidade, nem de que seus filhos sofram qualquer prejuízo<sup>3</sup>.

Importante registrar que a defesa finnísiana, ao tratar do estado da arte no conhecimento científico, enumera alguns poucos estudos negativos acerca das relações conjugais homossexuais diante da experiência que se busca no casamento. E esses poucos e isolados estudos foram completamente desautorizados cientificamente, e de modo explícito, pelas aludidas instituições ao sumariar o estado da arte. De acordo com os referidos estudos pelas Associação Americana de Psicologia, Academia Americana de Pediatria, Associação Psiquiátrica Americana, Associação Psicanalítica Norte Americana, Associação Nacional de Assistentes Sociais e Associação Psicológica do Estado de Nova York, são estudos cientificamente equivocados e imprestáveis metodologicamente.

Destacam-se, nesta defesa, as referências à de L. Marks e Mark Regenerus. Quanto à primeira, pode-se objetar que tal pesquisa, em vez de apresentar novos dados empíricos, simplesmente revisa estudos citados em um panfleto de 2005 e ignora todas as pesquisas

---

<sup>3</sup> Como na nota anterior, transcrevo diretamente do original: “4 M.E. Lamb, Mothers, Fathers, Families, and Circumstances, 16 *Applied Developmental Sci.* 98-111 (2012); see also S. Golombok, Parenting (2002); M.E. Lamb & C. Lewis, The Role of ParentChild Relationships in Child Development, in *Developmental Science* 429-68 (M.H. Bornstein & M.E. Lamb eds., 5th ed. 2005); C.J. Patterson et al., Socialization in the Context of Family Diversity, in *Handbook of Socialization* 328-51 (J.E. Grusec & P.D. Hastings eds., 2d ed. 2015); A.E. Goldberg, Lesbian and Gay Parents and Their Children (2010); C.J. Patterson, Family Lives of Lesbian and Gay Adults, in *The Handbook of Marriage and Family* 659, 668-71 (G.W. Peterson & K.R. Bush eds., 2013); C.J. Patterson, Children of Lesbian and Gay Parents, 64 *Am. Psychologist* 727 (2009). For earlier reviews and related research, see, e.g., E.C. Perrin et al., Technical Report: Coparent or SecondParent Adoption by Same-Sex Parents, 109 *Pediatrics* 341 (2002); C.J. Patterson, Family Relationships of Lesbians and Gay Men, 62 *J. Marriage & Fam.* 1052 (2000); N. Anderssen et al., Outcomes for Children with Lesbian or Gay Parents, 43 *Scand. J. Psychol.* 335 (2002); C.J. Patterson, Lesbian and Gay Parents and Their Children, in *Contemporary Perspectives on Lesbian, Gay, and Bisexual Identities, Nebraska Symposium on Motivation* 141 (D.A. Hope ed., 2009); C.J. Telingator & C.J. Patterson, Children and Adolescents of Lesbian and Gay Parents, 47 *J. Am. Acad. of Child & Adolescent Psychiatry* 1364 (2008); J.L. Wainright et al., Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Relationships of Adolescents With Same-Sex Parents, 75 *Child Dev.* 1886 (2009). See also Nat’l Academy of Sciences’ Institute of Medicine, supra note 8 (concluding that “studies show that [the children of lesbian and gay parents] are well adjusted and developmentally similar to the children of different-sex parents”)H. Bos & T.G.M. Sandfort, Children’s Gender Identity in Lesbian and Heterosexual Two-Parent Families, 62 *Sex Roles* 114 (2010); H. Bos et al., Lesbian & Heterosexual Two-Parent Families, *J. Child. & Fam. Stud.* (2014); R.H. Farr et al., Parenting and Child Development in Adoptive Families, 14 *Applied Developmental Sci.* 164, 176 (2010); S. Golombok et al., Children with Lesbian Parents, 39 *Developmental Psychol.* 20 (2003); I. Rivers et al., Victimization, Social Support, and Psychosocial Functioning Among Children of Same-Sex and Opposite-Sex Couples in the United Kingdom, 44 *Developmental Psychol.* 127 (2008); J.L. Wainright & C.J. Patterson, Delinquency, Victimization, and Substance Use Among Adolescents with Female Same-Sex Parents, 20 *J. Fam. Psychol.* 526 (2006).”

posteriores. Ele observa limitações dos estudos citados, mas não contesta as suas conclusões, e seu argumento de que os filhos de casais do mesmo sexo estão em desvantagem depende, exclusivamente, do trabalho não replicado de um único pesquisador, Sarantakos. Na mesma linha, a referência ao estudo de Mark Regnerus. A esse respeito, cabe destacar que o *Amicus* Colégio Americano de Pediatria (também aportado no julgamento da Suprema Corte) – para não ser confundido com o *amicus* aqui citado Academia Americana de Pediatria – descaracterizou um estudo recente ("o estudo Regnerus") afirmando que ele mostrava resultados negativos para as crianças "criadas por casais do mesmo sexo. O estudo Regnerus classificou os participantes (indivíduos com idade entre 18 e 39) em uma de oito categorias, das quais seis foram definidas pela estrutura familiar em que cresceu – por exemplo, pais biológicos casados, pais divorciados, divorciados, mas se casaram outra vez etc. *Não havia nenhuma categoria "casal do mesmo sexo."* Em vez disso, as duas categorias finais incluíram todos os participantes, independentemente da estrutura familiar, que acreditavam que, em algum momento entre o nascimento e seu 18º aniversário a sua mãe ou o seu pai "tiveram um relacionamento romântico com alguém do mesmo sexo". Por isso, os dados não mostram se o relacionamento romântico percebido de fato ocorreu; nem se o cuidador se autoidentificava como gay ou lésbica, nem se o relacionamento do mesmo sexo era contínuo, episódico, ou de apenas uma única vez; nem se o indivíduo nessas categorias foi realmente criado por um cuidador homossexual (filhos de pais homossexuais são frequentemente criados por suas mães heterossexuais após o divórcio), e muito menos um cuidador em um relacionamento de longo prazo com um parceiro do mesmo sexo. Na verdade, a maioria dos participantes desses grupos passou muito pouco, se algum, tempo sendo criado por um "casal do mesmo sexo".

Por isso, o estudo Regnerus não lança nenhuma luz sobre a parentalidade de casais do mesmo sexo estáveis – como o próprio Regnerus reconhece e, portanto, é gravemente enganoso sugerir, como o Colégio Americano de Pediatria fez, que o estudo avaliou os desfechos "em crianças criadas por casais do mesmo sexo". Apenas 23% daqueles/daquelas cuja mãe já teve um relacionamento homossexual vivia em uma casa com a parceira da mãe por pelo menos três anos. Apenas 23% cujo pai já teve uma relação homossexual vivia em uma casa com o parceiro do pai por pelo menos 4 meses, mais da metade nunca tinha vivido dessa forma. Regnerus não fornece o número dos que foram criados exclusivamente por um casal do mesmo sexo desde a infância à idade de 18 anos. Possivelmente, nenhum foi.

A respeito dos estudos de Sarah McLanahan e correlatos, destaca-se que os adversários da homossexualidade têm argumentado contra os direitos parentais de gays e lésbicas com base em uma pesquisa mostrando que o melhor ajustamento se dá quando as crianças têm dois cuidadores. No entanto, as diferenças resultantes do *número* de cuidadores em uma casa não

podem ser atribuídas ao sexo dos cuidadores ou à sua *orientação sexual*. Pesquisas sobre cuidadores heterossexuais geralmente indicam que as crianças ficam melhor com duas figuras parentais, mas a maioria desses estudos não permite conclusões sobre as consequências de se ter dois pais do mesmo sexo em relação a pais de sexos diferentes. Uma revisão de 21 estudos empíricos critica a prática de "extrapolar (indevidamente) a partir de pesquisas sobre as famílias de mães solteiras, a retratação de filhos de lésbicas como mais vulneráveis a tudo, desde a delinquência, abuso de drogas, violência e criminalidade, a gravidez na adolescência, a evasão escolar, o suicídio, e mesmo da pobreza", e observa que a extrapolação é "inadequada" porque as famílias lesbigay nunca formam um grupo de comparação na literatura a respeito de estrutura familiar que os autores citam. Um estudo do censo de 2000, os dados revelaram, após o controle de *status* socioeconômico e características das crianças, que as diferenças no desempenho acadêmico de crianças que viviam em lares onde coabitavam casais de pessoas do mesmo sexo não diferem de casais heterossexuais (ROSENFELD, 2010).

Tudo revelando, de modo sólido, que as atitudes e as crenças acerca da capacidade para relacionamentos comprometidos, duradouros e humanamente saudáveis, bem como sobre a condição de criar crianças saudáveis e bem ajustadas – incorporadas à argumentação desenvolvida a partir das premissas finnísianas – são fortemente contrariadas pela evidência científica, se prestando mais a refletir uma antipatia irracional em relação a uma minoria historicamente discriminada, ao oposto do que se busca com o adequado exercício da razão prática.

Portanto, o estado atual das ciências sociais demonstra que além da união orgânica há muito mais que esclarece racionalmente porque a conjugalidade homossexual é importante e justifica a proteção estatal a casamentos homossexuais, inclusive para quem se compromete mutuamente de modo permanente e exclusivo, considerando a estabilidade familiar, o cuidado das crianças e o cuidado mútuo ao longo da vida.

## **2. Democracia, direitos humanos e casamento homossexual: incompatibilidade e consequências da posição finnísiana**

Após a análise crítica interna da teoria finnísiana quanto à compreensão do casamento, é necessário perguntar-se sobre a propriedade de tal referencial filosófico para a defesa de posturas estatais e jurídicas excludentes do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo presente a função que os direitos humanos cumprem nas sociedades democráticas desde 1948 e a vinculação do direito internacional e do direito interno a seus conteúdos.

A posição finnissiana sobre a ilegitimidade da proteção jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo, calcada em sua filosofia do direito natural neotomista, é incompatível com a afirmação dos direitos humanos. Isso à luz do que se verificou historicamente desde o Pós II Guerra Mundial, resultante na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e em todo cabedal legislativo, institucional e jurisprudencial que a ele vem se seguindo.

Para Finnis, o exercício adequado da razão prática identificaria os bens humanos básicos, donde os critérios para aferir a legitimidade da autoridade política estatal e para a elaboração do direito submeterem-se à correta compreensão de tais bens, aí inserido o casamento tal como por ele postulado. Daí que a derivação de preceitos de conduta avança ao dever de promover o casamento como bem, sendo-lhe inerente a oposição dos sexos, afastando medidas que promovam, reconheçam ou estimulem atos e relacionamentos homossexuais, mormente como se fossem “casamento”.

A incompatibilidade dessa postura decorre de que o paradigma dos direitos humanos não se funda, não se limita, nem se deixa amoldar a nenhum sistema filosófico em particular. Na sua formulação e desenvolvimento, ainda que seu conteúdo jurídico e expressão institucional não sejam fechados e requeiram debate permanente e incessável, direitos humanos não podem ser rechaçados por meio tão-só da invocação unilateral de um determinado sistema filosófico, em detrimento do reconhecimento do pluralismo que está na base da emergência do paradigma dos direitos humanos (LEIVAS, 2007; MACEDO, 1997; MOREIRA, 2017).

Com efeito, a ideia de direitos humanos abre espaço para a crítica ao direito positivo esvaziado de preocupações e compromissos com o ideal de justiça; todavia, como alerta José Reinaldo de Lima (1987), tanto o recurso ao direito natural, quanto ao racionalismo burguês, acabam por restringir o debate moral aos seus respectivos horizontes, não enfrentando injustiças consolidadas e até mesmo dando as costas a outras tantas, como ocorre no constitucionalismo liberal burguês, quando o irmanar de teorias do direito natural e a codificação moderna produzem e reproduzem sistematicamente discriminações raciais e sexuais (TARELLO, 1976).

Constatar que a formulação finnissiana, pelo menos no particular quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, é, enquanto filosofia, incompatível com o referencial contemporâneo dos direitos humanos não significa de modo algum proscrever seus adeptos do debate público racional. Significa, isso sim, realçar que a condição primeira para a participação nesse debate é o reconhecimento e o respeito ao pluralismo, donde que formulações que se apresentem como arautos da verdade moral, com propostas que impliquem a hierarquização subordinante de indivíduos e de grupos na sociedade política, com base em preconceitos e antipatias, são incompatíveis. Para a ideia de direitos humanos, é inerente a igualdade moral de cada um dos seres humanos, podendo decidir e viver conforme seu projeto de vida, desde que não

cause dano a outrem, sendo ilegítimas propostas que façam avançar pretensões de superioridade cognitiva, moral, política e jurídica, com base em critérios raciais, religiosos, filosóficos, sexuais, por sobre o pluralismo necessário à política e ao direito democráticos.

O pluralismo e a igualdade estão no centro da formulação da ideia de direitos humanos. A declaração de 1948 é resposta à constatação de que sem o reconhecimento internacional de direitos humanos para proteção da igual dignidade de todos não há sequer condições para o convívio amistoso entre os Estados, pondo em risco a paz mundial. Daí o desafio de engendrar uma declaração de direitos proveniente não somente de diversos países, como de diferentes concepções religiosas, tradições filosóficas e posições políticas, sem se poder valer de uma perspectiva filosófica compartilhada; o desafio de acertar tal resultado sem uma premissa comum, num cenário plural e diversificado, sem a pretensão de uma única teoria comum (BEITZ, 2009; QUINTANA, 1999).

Esse o ponto central que me parece fundamental para avaliar qualquer consideração filosófica sobre direitos humanos, seja ela radicada em qualquer perspectiva filosófica particular. Sem qualquer censura ao pensamento de quem quer que seja, sempre que uma tradição filosófica não se abrir à tolerância e ao pluralismo diante de uma questão a ser respondida pelo referencial dos direitos humanos, esta formulação se mostra imprestável para o debate sobre direitos humanos. Vale dizer, mais ainda que em tantos outros campos, ninguém pode ser arvorar como portador da verdade moral para amoldar a tal ou qual tese a política e o direito democráticos fundados nos direitos humanos.

No campo dos direitos humanos, sempre está aberto o debate sobre seu conteúdo e desenvolvimento, a partir da premissa da igual dignidade e do igual valor moral de todos. A Declaração de 1948 é o ponto de partida do debate, para o qual todos são bem-vindos, não por uma observância positivista formalista do texto jurídico, mas pelos conteúdos da igual dignidade, igual valor moral e pluralismo. Não está, portanto, fechado de modo algum o debate sobre as razões dos direitos humanos, como, a meu ver, de modo descontextualizado muitas vezes é mal compreendida a afirmação de Norberto Bobbio sobre a necessidade de efetivar direitos humanos, antes que fundamentá-los. A pesquisa sobre os fundamentos dos direitos humanos em cada tradição filosófica é necessária e salutar, até mesmo para seu desenvolvimento e afirmação. Pode-se, sim, discutir as justificações para certos cursos de ação e as cosmovisões presentes; no entanto, quando se propõe uma concepção de vida boa que exclui determinados indivíduos e grupos deixando de levar a sério o pluralismo e a tolerância, com argumentos de autoevidência de bens incomensuráveis tão determinados e sem fundamento fático senão preconceito, está-se diante de uma proposta que afronta os direitos humanos que diz objetivar proteger.

Essa abertura não se confunde nem abriga a pretensão de quem proponha determinar a legitimidade de certo direito exclusivamente à base de determinada perspectiva filosófica infensa ao pluralismo e equivocada quanto à igualdade entre os participantes da sociedade, seja por que critério for. E, mais que concluir abstratamente, contrapor-se a medidas estatais concretas fundadas na igual dignidade e igual valor moral de todos, especialmente calcado em preconceitos, sem fundamento racional, e a partir daí moldar o estado, a vida política e jurídica à sua semelhança.

Nesse passo, não se pode confundir a legítima proposta de uma análise crítica, a partir de determinada perspectiva filosófica, sobre a justificativa de certa liberdade ou tratamento igualitário ao paradigma dos direitos humanos vigentes, como compreendidos e discutidos na contemporaneidade, com a proposta de outro sistema de valores e de normas, de caráter excludente e limitado, a substituir os direitos humanos vigentes, que não leve a sério o pluralismo, a tolerância e a igualdade e o valor moral de todos e de cada um. Daí porque é qualitativamente diferente, no horizonte dos direitos humanos, discutir sobre as possíveis diversas concretizações de direitos humanos, sem jamais solapar as bases da igual dignidade, valor moral e pluralismo, de debates que contrariem essas premissas, como tortura, genocídio e exclusões discriminatórias de direitos a todos reconhecidos. Isso inclusive diante de eventual maioria que menospreze esses direitos, dado que são decisivos no convívio plural informado pela justiça e a paz.

A tolerância e o pluralismo foram compartilhados solarmente pelos membros da Comissão que atuou nos trabalhos de elaboração da Declaração de 1948. Dentre eles, pode-se destacar Jacques Maritain, filósofo francês neotomista de grande prestígio. Em representativa manifestação quando dos trabalhos do Comitê sobre as bases teóricas dos Direitos Humanos, referiu que "concordamos sobre os direitos, sob a condição de que ninguém nos pergunte porquê" bem como sua descrição dos direitos humanos como "conclusões práticas as quais, embora justificadas de diferentes modos por pessoas diversas, são princípios de ação com um fundamento comum de similaridade para todos" (BEITZ, 2009, p. 21).

J. Maritain (1957, p. 35), por sinal, observou que dentre as tragédias da democracia não estava somente a negação da inspiração evangélica pelas classes dirigentes, mas também que as forças dirigentes das camadas cristãs *combateram as aspirações democráticas em nome da religião*. Enaltecendo a "unidade mínima e tolerância civil", Maritain adverte:

nada é mais vão do que procurar unir os homens sob um '*minimum*' filosófico. Tão pequeno, tão modesto, tão tímido que se faça, daria ele sempre lugar a contestação e a divisões. E essa pesquisa de um denominador comum para convicções contrastantes não pode ser senão uma corrida para a mediocridade e a frouxidão intelectuais, enfraquecendo os espíritos e traíndo os direitos da verdade. (p. 138)

A unidade mínima e a tolerância civil têm seu centro "situado na vida da pessoa, não ao nível mais elevado dos interesses supratemporais desta, mas ao nível temporal ele próprio" (p. 136).

Sem ignorar a diversidade de tradições, a menção à unidade mínima e à tolerância civil permite avançar quanto às consequências da função desempenhada pela ideia de direitos humanos. Como retratada, a ideia de direitos humanos foi gestada no pano de fundo do pluralismo e compromissada com a construção de um "mundo comum, em que sem o reconhecimento internacional de direitos humanos para proteção da igual dignidade de todos não há sequer condições para o convívio amistoso entre os Estados" (PAREKH, 2008).

Nessa toada, cabe a evocação à formulação de J. Rawls sobre “concepções delgadas de bem” para a vida comum, onde o pluralismo de concepções de vida torna-se possível. Na lição de José Reinaldo de Lima Lopes (2007, p. 49):

Para que uma sociedade de pessoas livres exista e continue a existir, é preciso que ela diga menos a respeito do bem da vida de cada um, para dizer mais a respeito da vida de todos em comum, mesmo que todos pensem diferentemente. Isto implica que a sociedade política (a comunidade das comunidades) não tenha propósitos totalizantes, isto é, pretensões de definir o bem que deve ser buscado individualmente pelos seus membros. Esses bens são deixados à consciência de cada um. Mas as instituições políticas exigem a *justiça*, que é uma concepção delgada, fina, de bem, uma concepção que permite apenas organizar a vida comum. Ela pressupõe um bem – a vida em comum – mas desse bem comum e universal para qualquer e todos os cidadãos, não deriva um bem comum na esfera individual; ela não postula, portanto, um fim, uma moral individual, uma cultura homogênea, uma crença religiosa, um privilégio de igreja. A justiça é, sim, um bem, mas um bem menos espesso, que tem leveza suficiente para deixar que outros bens se realizem na vida de cada um. Por isso Rawls insiste em dizer que sua concepção de justiça é política, não metafísica. E sendo política, é moral, isto é, político-moral, não simplesmente estratégica. Ora, essa concepção normativa (não estratégica) não pretende impor objetivos de vida para cada um dos membros de uma sociedade política.

### 3. A posição da Suprema Corte dos EUA sobre o casamento homossexual: *Obergefell vs. Hodges*

A decisão da Suprema Corte dos EUA pelo direito constitucional ao casamento igualitário em face de pessoas do mesmo sexo tem gerado críticas, dentre as quais destaca-se a relativas à compreensão da orientação sexual como expressão normal e imutável da sexualidade humana. Diante do julgamento, Finnis aponta duas possíveis compreensões da orientação sexual, visando à crítica do dedicado: como (a) uma disposição interna orientada à atividade sexual ou (b) como uma decisão deliberada em direção a certa conduta e estilo de vida. Daí conclui que, se é verdade que ninguém pode ser responsabilizado e discriminado por uma inclinação involuntária que possui, diversamente se dá como decisão deliberada, onde há espaço para decidir sobre a prática de atos com indivíduos do mesmo sexo, dando azo à responsabilidade moral. Disto infere que, se o Estado não deve criminalizar atos homossexuais privados consensuais entre adultos, ele *não deve concordar, nem permanecer neutro, com a promoção pública de tal conduta*.

Examine-se primeiramente a compreensão de orientação sexual, para após ponderar-se quanto à defesa de que o Estado discrimine atos e relacionamentos sexuais no ambiente público, ainda que permaneça inerte na esfera privada.

A Suprema Corte explicitamente referiu a compreensão de orientação sexual adotada no *Amicus Curiae* ofertado pela Associação Americana de Psicologia, conjuntamente com muitas outras associações similares<sup>4</sup>. Ao tomá-la, considerou a orientação sexual como uma disposição duradoura à experiência sexual, afetiva, ou romântica, dirigida a homens, mulheres, ou ambos, abrangendo também um sentido de identidade pessoal ou social baseada na atração e/ou condutas que expressem tal disposição, bem como o sentimento de pertença à comunidade dos demais que compartilham tal orientação. Ao adotar a compreensão autorizada pelo conhecimento científico vigente, e ao ter presente o preconceito e a discriminação que homossexuais experimentam por conta de sua orientação sexual, o tribunal foi muito claro e consequente.

Ademais, a maioria vencedora, diante da realidade social e dos precedentes relevantes, enumerou destacadamente princípios e tradições que conduzem à aplicação da Constituição em condições de igualdade aos cônjuges de mesmo sexo. Diante dos princípios constitucionais e tradições expostos na decisão, e da compreensão da orientação sexual explicitada, a Suprema Corte concluiu pelo direito constitucional ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, configurando violação simultânea da liberdade, da igualdade e da dignidade a pretensão de que o Estado somente se limitasse a não-criminalizar atos homossexuais em privado, devendo discordar, não permanecer neutro e excluir homossexuais do direito ao casamento.

Não há equívoco em não compreender a orientação sexual como decisão deliberada. Ao contrário, com base em princípios constitucionais e na própria tradição jurídica, a Suprema Corte discerniu entre o fato da normalidade da orientação sexual homossexual, o reconhecimento de direito ao casamento a partir dos princípios jurídicos da liberdade, da igualdade e da dignidade, e o outro sentido de orientação sexual (como deliberação à prática de condutas e estilos de vida), considerando que a pretensão de que decisões individuais sobre a vivência de tal orientação sexual sejam meramente subtraídas da persecução penal quando praticadas privadamente e nada mais seja reconhecido pelo Estado são inconstitucionais. E, ao fazê-lo, o tribunal não derivou direitos do

---

<sup>4</sup> "Sexual orientation refers to an enduring disposition to experience sexual, affectional, or romantic attractions to males, females, or both. It also encompasses an individual's sense of personal and social identity based on those attractions, behaviors expressing them, and membership in a community of others who share them.s Although sexual orientation ranges along a continuum from exclusively heterosexual to exclusively homosexual, it is usually discussed in terms of three categories: heterosexual (having sexual and romantic attraction primarily or exclusively to members of the other sex), homosexual (having sexual and romantic attraction primarily or exclusively to members of one's own sex), and bisexual (having a significant degree of sexual and romantic attraction to both sexes)." (<http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/obergefell.aspx>)

fato da normalidade da homossexualidade; a Suprema Corte obrou no sentido do respeito aos direitos de igualdade e liberdade diante daquilo que, no mundo dos fatos, é a orientação sexual. Se há inadequação, esta resulta da pretensão de que a lei natural, tal como exposta, fosse a “medida da lei” (para usar uma expressão finnisiana); o inconformismo e o contraste entre o decidido e aquilo que os adeptos da teoria da lei natural finnisiana sustentam não pode ser imputado como vício lógico na decisão.

Numa sociedade pluralista, não há dúvida de que todo debate público é legítimo diante da decisão *Obergefell*. Sem a pretensão de resumir o estado atual do debate e a polêmica que envolve, limito-me a referir que a fundamentação fez mais que atualizar interpretativamente a privacidade, o *status* da homossexualidade e a definição de casamento. Conforme Laurence Tribe (2015), um dos mais destacados e respeitados constitucionalistas estadunidenses da atualidade, *Obergefell* inaugurou a “doutrina da igual dignidade”, dada a imbricação normativa operada pela “dupla hélice” da *equal protection* e do *due process*. Assim decidindo, alerta Tribe, a Suprema Corte foi muito além da jurisprudência anterior, harmonizando o direito constitucional estadunidense com os documentos fundadores do mundo Pós II Guerra Mundial e pós-colonial.

A atenção de L. Tribe voltada para a invocação do direito internacional dos direitos humanos pela Suprema Corte é muito expressiva e sobremaneira pertinente. A ideia de direitos humanos coloca novas bases para o convívio plural no mundo, que não podem ser ignoradas quando são negados direitos a grupos discriminados. Como disse K. Yoshino (2015), a decisão *Obergefell* avança ao formular um princípio de “igual dignidade na liberdade”, implicando não somente uma jurisprudência preocupada com a proteção dos direitos de grupos vulneráveis, como se constata ao longo de parte da história da Suprema Corte dos EUA, mas inovando pelo reconhecimento do valor positivo de determinada liberdade fundamental não-majoritária, a ser exercida em condições de igual proteção pelo direito, qual seja, no caso, o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Para esse autor, *Obergefell* significa um passo à frente na elaboração constitucional das liberdades, amplificando o papel do mandamento antissubordinação ínsito a *equal protection*, possibilitando falar, até mesmo, num “novo nascimento da igualdade e da liberdade” no direito estadunidense.

Ao finalizar essas breves considerações sobre a decisão *Obergefell*, sublinhe-se que não se pode correr o risco de subvalorizar as referências ali contidas aos precedentes *Lawrence vs. Texas* e *Romer vs. Evans*. Do ponto de vista dos direitos humanos, *Lawrence* marcou época como a primeira vez em que a Suprema Corte adota o direito internacional dos direitos humanos e o direito comparado dentre seus fundamentos, em especial quanto ao respeito ao pluralismo nas sociedades democráticas. Tal é muito relevante para a avaliação do contraste entre a lei natural e o paradigma dos direitos humanos: efetivamente, além da incorporação do debate internacional

dos direitos humanos, a consideração sobre o tratamento devido a homossexuais na democracia pluralista esteve no centro da consideração do direito internacional dos direitos humanos (ESKRIDGE, 2010).

A menção ao precedente *Romer vs. Evans* também não pode ser apoucada. Como referi alhures (RIOS, 2002, p. 151), ali a Suprema Corte identificou uma violação inédita e sem precedentes na tradição do direito estadunidense, ofendendo o âmago da *equal protection doctrine*, por excluir toda uma classe de pessoas da possibilidade de obter proteção jurídica, impondo a um determinado grupo uma ampla e indiferenciada incapacidade perante o Estado.

Ainda quanto ao direito estadunidense, é relevante ressaltar que as premissas afirmadas pelo julgamento *Obergefell* vão de encontro a qualquer pretensão que se utilize da preconceituosa alegação sobre alegado risco ao bem-estar das crianças decorrente da parentalidade homossexual. Isso inclusive na esteira da jurisprudência que, ao decretar a inconstitucionalidade das leis que proibiam o casamento interracial, superaram a utilização falaciosa desse pretexto, que em vez de enfrentar o preconceito, a intolerância e a discriminação raciais, acaba se acomodando ao racismo. A argumentação e o histórico legislativo e jurisprudencial deduzidos pela NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*), em *Amicus curiae* no caso *Obergefell* foi exatamente nesse sentido. A similitude entre as situações, onde, nas palavras da NAACP, são invocadas “repugnantes teorias”, não poderia ser melhor expressa:

The proud legacy of Loving is deeply relevant to this Court’s assessment of the constitutionality of laws banning same-sex marriage. Loving’s principles transcend the factual confines of that case and support a finding in this case that consenting adults should not be denied the right to marry solely because of their sexual orientation or sex. Logically and legally, the arguments against interracial marriage and same-sex marriage bear striking similarities and fatal flaws. It is hard to imagine that their fate will not be the same. Today, Loving has been almost universally celebrated, and the repugnant theories hurled against interracial couples have been largely relegated to the dustbin of history. This progress is central to Loving’s promise: that forms of equality that were once inconceivable can become indisputable. There will likewise come a time when the rights of lesbian and gay couples to express their love and commitment through marriage will no longer be subject to debate. Our nation has a tremendous capacity to move forward.

Que a exclusão dos homossexuais do direito ao casamento implica ofensa a direitos humanos não é conclusão restrita à Suprema Corte dos Estados Unidos. Como se sabe, *no direito internacional dos direitos humanos*, considerando a jurisprudência da *Corte Europeia de Direitos Humanos* (WINTEMUTE, 2017) e da *Corte Interamericana de Direitos Humanos* (RIOS, RESADORI, LEIVAS E SCHAFFER, 2018), há consenso acerca da proteção jurídica familiar a casais do mesmo sexo com fundamento no direito de igualdade e proteção antidiscriminatória, diante da realidade existencial e da importância do reconhecimento dessa esfera de liberdade para os envolvidos; isso incluindo também o reconhecimento do valor positivo e da qualidade da união homossexual conjugal, íntima, duradoura, com intimidade sexual, como associação humana protegida de modo

específico em relação às demais relações de amizade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos o faz de modo mais explícito, ao vislumbrar no direito ao casamento homossexual uma exigência de direitos humanos. É o que se extrai da Opinião Consultiva n. 24/17 (2018), da qual destaco os seguintes excertos:

173. De forma preliminar, el Tribunal constata que la representación de Costa Rica, en su solicitud de opinión consultiva, no explicitó a cuál vínculo entre personas del mismo sexo se refería. No obstante, la Corte observa que en la pregunta formulada, el Estado hace alusión al artículo 11.2 de la Convención<sup>338</sup>, el cual protege a las personas, inter alia, de injerencias arbitrarias a la vida privada y familiar<sup>339</sup>. En tal virtud, el Tribunal entiende que las preguntas remitidas por el Estado versan sobre los derechos patrimoniales que derivan de un vínculo resultante de relaciones afectivas entre parejas del mismo sexo, tal y como sucedió en el caso Duque Vs. Colombia<sup>340</sup>. Además, la Corte observa que, en términos generales, los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas, suelen estar tutelados y protegidos por la Convención a través del instituto de la familia y el de la vida familiar.

174. Con respecto a ello, el Tribunal recuerda en primer lugar que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la familia y la vida familiar de manera complementaria. Es así como esta Corte ha considerado que las posibles vulneraciones a este bien jurídico tutelado, deben analizarse no sólo como una posible injerencia arbitraria contra la vida privada y familiar, según el artículo 11.2 de la Convención Americana, sino también, por el impacto que ello pueda tener en un núcleo familiar, a la luz del artículo 17.1 del mismo cuerpo legal<sup>341</sup>. Ninguna de las normas citadas contiene una definición taxativa de qué debe entenderse por “familia”. Sobre el particular, la Corte ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma<sup>342</sup>.

175. De conformidad con lo expresado, para responder a las preguntas planteadas por el Estado de Costa Rica,

el Tribunal estima necesario determinar si las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo pueden llegar a ser consideradas como “familia” en los términos de la Convención, para así establecer los alcances de la protección internacional aplicable. Para tal efecto, la Corte debe recurrir a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales, y las reglas especiales de interpretación de la Convención Americana aludidas en el Capítulo V de la presente opinión. Para ello, el Tribunal analizará el sentido corriente del término (interpretación literal), su contexto (interpretación sistemática), su objeto y fin (interpretación teleológica), así como a la interpretación evolutiva de su alcance. Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena, se hará mención a medios complementarios de interpretación, en especial a los trabajos preparatorios del tratado.

176. Con la finalidad de establecer el sentido corriente de la palabra “familia”, la Corte estima necesario reconocer la importancia neurálgica de ésta como institución social, la cual surge de las necesidades y aspiraciones más básicas del ser humano. Busca realizar anhelos de seguridad, conexión y refugio que expresan la mejor naturaleza del género humano. Para la Corte, es indudable que ésta es una institución que ha cohesionado comunidades, sociedades y pueblos enteros.

(...)

191. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte no encuentra motivos para desconocer el vínculo familiar que parejas del mismo sexo pueden establecer por medio de relaciones afectivas con ánimo de permanencia, que buscan emprender un proyecto de vida conjunto, típicamente caracterizado por cooperación y apoyo mutuo. A juicio de este Tribunal, no es su rol distinguir la valía que tiene un vínculo familiar respecto de otro. No obstante, esta Corte estima que sí es obligación de los Estados reconocer estos vínculos familiares y protegerlos de acuerdo a la Convención.

192. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo en cuanto a que sería una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede gozar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual<sup>367</sup>. Asimismo, como ya se indicó, una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o

orientación sexual (supra párr. 179). El Tribunal estima importante destacar que con ello, no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo La importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; por el contrario, La Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada.  
(...)

202. Además, el Tribunal ha sostenido reiteradamente que el artículo 1.1 de la Convención tiene dos vertientes. Por una parte, se encuentra la obligación de respeto (negativa) que implica que los Estados se deben de abstener de cometer actos que conculquen los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Convención<sup>374</sup>; por la otra, se encuentran las obligaciones de garantía (positivas) de los Estados. Estas obligaciones implican el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos  
(...)

219. Por otra parte, la Corte reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países respecto del respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido<sup>413</sup> (supra párr. 83).

220. Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad (supra párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional.

221. La Corte advierte que para negar el derecho de acceder a la institución del matrimonio, típicamente se esgrime como argumento que su finalidad es la procreación y que ese tipo uniones no cumplirían con tal fin. En este sentido, la Corte estima que esa afirmación ES incompatible con el propósito del artículo 17 de la Convención, a saber la protección de La familia como realidad social<sup>414</sup>. Asimismo, la Corte considera que la procreación no es una característica que defina las relaciones conyugales, puesto que afirmar lo contrario sería degradante para las parejas –casadas o no– que por cualquier motivo carecen de capacidad generandi o de interés en procrear.

(...)

224. Asimismo, a consideración del Tribunal, crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana.

Expressando, ao final, a opinião consultiva:

8. De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.

Considerando todos os elementos apresentados, não subsistem razões que justifiquem a conclusão pela ilegitimidade do Estado em reconhecer o casamento homossexual, nem que obriguem o Estado a não promover e não tolerar expressões públicas da homossexualidade como estilo de vida legítimo. O *medo da deseducação dos indivíduos para o bem humano básico do casamento* não se sustenta, na medida em que não há mal a temer. Cabe aos indivíduos em suas vidas e de acordo com suas concepções de bem viver cultivar suas crenças e convicções, desde que não implique em exclusão nem dano a terceiros, até para que se evite a tentação, experimentada por alguns em matérias como essa, de paternalismo jurídico.

O medo *da redescritção da instituição do casamento*, manifestado pelos adeptos da lei natural de Finnis, ao fim e ao cabo radica na ideia de que a sociedade é frágil e de que os indivíduos não são capazes de se desenvolverem autonomamente, em detrimento da conservação dos modos de vida sociais de determinada época (DWORKIN, 1977). No entanto, esse temor não é razão para impedir a evolução da sociedade, refrear a autonomia num mundo plural, nem limitar a autoridade estatal e a elaboração pelo direito da instituição, aberta na história a mudanças, que é o casamento.

De fato, o casamento mudou ao longo da história para cumprir várias funções e tomar vários significados, objetivando também superar discriminações e garantir a liberdade, sem enfraquecimento, muito menos descarte. Um registro normativo no direito internacional dos direitos humanos de grande importância foi a introdução da garantia da liberdade da mulher diante de arranjos familiares, como reza o artigo 16 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

Ademais, discriminação quanto ao direito ao casamento não é meramente uma questão de formalismo jurídico. Dela resultam danos muito significativos para aqueles homossexuais que buscam esse projeto de vida, revelando dados como menor expectativa de vida, empobrecimento, sofrimento emocional e material em especial na velhice, grau de adoecimento ao longo da vida etc., prejuízos esses largamente comprovados<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Uma vez mais, transcrevo as referências do julgamento da Suprema Corte: “Linda J. Waite & Maggie Gallagher, *The Case for Marriage: Why Married People are Happier, Healthier, and Better Off Financially* 60-61 (2000); Adrienne Frech & Kristi Williams, *Depression and the Psychological Benefits of Entering Marriage*, 48 *J. Health & Social Behavior* 149, 149 (2007); Lee A. Lillard & Linda J. Waite, *‘Til Death Do Us Part: Marital Disruption and Mortality*, 100 *Am. J. Sociology* 1131, 1131 & 1148 (1995) Tracey A. Lapiere, *Marital Status and Depressive Symptoms over Time: Age and Gender Variations*, 58(4) *Family Relations* 404, 406 (2009). Joan Raymond, “Single people may die younger, new study finds,” *NBCNews.com* (<http://www.nbcnews.com/id/44122528/ns/health-behavior/t/single-people-may-die-younger-new-studyfinds/#.VPPoT3zF-Wg>); see David Roelfs, et al., *The Rising Relative Risk of Mortality for Singles: Meta-Analysis and MetaRegression*, *Am. J. Epidemiology* (2011) Ron J. Hammond et al., *Resource Variations and Marital Status Among Later-Life Elderly*, 2 *J. Applied Social Science* 47, 58 (2008) (Richard Wright, *Same-Sex Legal Marriage and Psychological Well-Being: Findings From the California Health Interview Survey*, 103(2) *Am. J. of Public Health*, 339 (Feb. 2013) (BRIEF OF AMICI CURIAE SERVICES AND ADVOCACY FOR GAY, LESBIAN,

A injustiça da impossibilidade da “redefinição do casamento” para a inclusão de homossexuais não se limita à tão evidente discriminação jurídica, aqui configurada pela exclusão e pelo não-reconhecimento de um direito humano, conforme o conceito jurídico de discriminação vigente no direito internacional e nacional dos direitos humanos, desenvolvido no Direito da Antidiscriminação (RIOS, 2008). Os efeitos deletérios de prosseguir advogando que homossexuais não podem ser discriminados pelo que fazem privadamente, mas devem ser supervisionados no espaço público para que suas condutas não deseduquem a juventude e a corrompam moralmente são mais abrangentes. Parafraseando a Suprema Corte no caso *Romer vs. Evans*, dificilmente será encontrada expressão tão claramente discriminatória, dada a postura restritiva da liberdade e da igualdade na sexualidade, de desvalor e desrespeito, sem fundamentação nenhuma nos achados das ciências sociais quanto à higidez dessa condição, e com intuito abertamente repressivo. Além de configurar simplesmente uma abstenção de perseguição na esfera privada acompanhada de discriminação na esfera pública, cultiva-se deliberadamente um ambiente pernicioso para a igualdade e complacente à arbitrariedade, à ignorância e ao preconceito.

A alegada ameaça à liberdade religiosa mostra-se extremamente frágil, mesmo que estivéssemos num regime político de cristandade ou numa sociedade composta exclusivamente por crentes religiosos e instituições eclesiais. Em primeiro lugar, pelo fato de que exatamente a liberdade religiosa requer espaço e respeito para crenças religiosas diversas, inclusive aquelas que reconhecem em seus credos o casamento homossexual como manifestação sacramental matrimonial. Muito ilustrativo aqui, para valermo-nos do caso *Obergefell*, do expressivo *amicus curiae* dos bispos da Igreja Episcopal, do Sínodo Geral da Igreja Unida de Cristo, do Seminário Teológico Judeu, da Associação rabínica reconstrucionista, do Colégio das comunidades rabínicas reconstrucionistas e das comunidades judaicas reconstrucionistas, da União pela reforma do Judaísmo, da Associação Unitária Universalista, da Federação Metodista pela Ação Social, do Convênio da Rede de Presbiterianos, dos Mulçumanos por valores progressistas, dos Luteranos pela Participação total, além de outros grupos religiosos e mais de 1.900 líderes religiosos.

Em segundo lugar, porque o fato de adeptos da teoria da lei natural que enxergam o casamento como exclusivamente heterossexual eventualmente serem percebidos como irracionais ou fundamentalistas nada comprova quanto à sua tese; ao contrário, confirma os perigos de sua tese na medida em que ela fragiliza e compromete a cultura de tolerância e de respeito num mundo plural que agora reclamam, como vítimas de preconceito por suas

---

BISEXUAL AND TRANSGENDER ELDERS; AMERICAN SOCIETY ON AGING; JUSTICE IN AGING; NATIONAL COMMITTEE TO PRESERVE SOCIAL SECURITY AND MEDICARE; AND NATIONAL HISPANIC COUNCIL ON AGING IN SUPPORT OF PETITIONERS". Disponível em <[https://www.supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs/14-556\\_Services\\_and\\_Advocacy\\_for\\_GLBT\\_Elders.pdf](https://www.supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs/14-556_Services_and_Advocacy_for_GLBT_Elders.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2018.

convicções. Ao expressarem essa preocupação e situação que percebem discriminatória em virtude de suas crenças e convicções, os partidários da teoria da lei natural noticiam precisamente a experiência da discriminação, cuja adoção de seu referencial teórico, com pretensão de orientar a atividade do Estado, certamente produziria contra muitos indivíduos e grupos discriminados.

Exatamente a percepção dos efeitos deletérios da discriminação, decorrentes do convívio em um ambiente plural despreparado ou desinteressado pela tolerância e pelo respeito, demonstra que a defendida impossibilidade de evolução do conceito de casamento, para fins civis, acarreta, para minorias discriminadas, danos graves, que se estendem da exclusão do direito ao casamento para muitas outras manifestações homofóbicas, cuja intensidade, quantidade e qualidade me dispense de elencar, pois de todos conhecidas.

Diante desses argumentos, *a evolução da compreensão do casamento* para além da heterossexualidade apresenta-se, na linha da decisão da Suprema Corte e dos direitos humanos internacionais e internos de muitas nações, como o devido reconhecimento da igual dignidade naquela que é considerada por muitos uma valiosa liberdade, a de casar civilmente. A propósito, exatamente diante da proibição do casamento interracial, Hannah Arendt destacou o quão básico e elementar é o direito de casar com quem se deseja, e que, por mais que se respeitem as convicções privadas, o Estado não tem o direito, ao contrário, tem o dever, de assegurar que ideias e práticas discriminatórias privadas não sejam legalmente impostas, advertência que cai como uma luva no debate sobre o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo (ARENDR, 2018).

O medo da *redescrição da instituição do casamento*, manifestado pelos adeptos da lei natural de Finnis, ao fim e ao cabo radica na ideia de que a sociedade é frágil e de que os indivíduos não são capazes de se desenvolverem autonomamente, em detrimento da conservação dos modos de vida sociais de determinada época (DWORKIN, 1977). No entanto, esse temor não é razão para impedir a evolução da sociedade, nem para refrear autonomia num mundo plural, nem para limitar a autoridade estatal e muito menos para estancar a evolução jurídica da instituição civil do casamento.

De fato, o casamento mudou ao longo da história para cumprir várias funções e significados, tomando formas variadas e respondendo a influxos diversos, correspondendo a diferentes formatos, institutos e princípios jurídicos (PONCAR e RONFANI, 1998). Desde as transformações medievais e modernas onde “amor e o casamento” seguiram a demografia e a economia (MACFARLANE, 1990), dentro do quadro maior da diversidade de modelos familiares que sempre existiu (LOREA, 2007), a família não só oscila entre ser moldada pela ordem pública e econômica como comunidade para garantir a expansão do capitalismo, caracterizada pelo estrito controle da

sexualidade e da vida afetiva de seus membros (FOUCAULT, 2000), como tentativa contemporânea de igualdade e democracia conjugal (GIDDENS, 1993).

H. Hart marcou época ao examinar de modo crítico essa pretensão conservadora, ao se colocar o *problema da coerção legal da moralidade*: “O fato de que determinada conduta seja considerada imoral, de acordo com os padrões comuns, é suficiente para justificar sua punição pela lei?” “É moralmente tolerável a imposição da moralidade, em si mesma?” “Deve a imoralidade ser tratada como uma ilicitude?” (HART, 1987, p. 33). A aplicação da resposta de H. Hart à proposta conservadora sobre o papel do direito em face do casamento homossexual deixa claro não somente seus erros, quanto os danos provocados.

Os erros, quanto ao considerar a defesa da moral majoritária como caso de autoproteção da sociedade e quanto ao ignorar ou esquecer que a moral moderna e pluralista fundamenta-se na dignidade humana, onde aos sujeitos é reconhecida singularidade, valor intrínseco e autonomia; os danos, por infantilizar os indivíduos, deseducando-os para a tomada de decisão racional e autônoma<sup>6</sup>, minando o pluralismo e se escondendo das mudanças sociais. Na sempre precisa e lúcida lição de José Reinaldo de Lima Lopes (2007, p. 69),

claro que esta concepção de que uma sociedade se confunde com a moralidade de sua maioria ignora, ou teme, a mudança moral. Hart distinguiu a preservação da moralidade, da preservação de uma determinada moralidade. Esta última é em geral a atitude conservadora: ela confunde a moralidade (isto é, a idéia de uma vida moral e busca de regras morais para a vida – a **moral crítica**) com o código moral do **status quo** (Hart, 1987, 88-91). Uma sociedade qualquer não desaparece por mudar, a não ser que o sentido de desaparecer seja usado de tal forma que se possa dizer, por exemplo, que a sociedade inglesa desapareceu e transformou-se em outra coisa quando, ao longo dos anos, já não conservou tudo o que a distinguiu no século vitoriano (século XIX). Mas se for assim, sociedades não seriam vivas, mas estruturas reificadas, estruturas de museu. Por esse raciocínio, ‘o menino desapareceu’ para dar lugar ao ‘homem’. Ora, ninguém afirmaria que José deixou de ser José pelo simples fato de ter se transformado em adulto. Não é tão fácil aceitar que o que **ofende o sentimento público ou majoritário** possa por si ser proibido e deva por si ser rejeitado, ao não ser que se conceba que mudanças sociais são sempre rupturas e ameaças à sobrevivência da sociedade. Se assim fosse admitido, como temia Mill, toda manifestação de individualidade e de diversidade estaria condenada

A ausência dessa moral crítica, inerente à moralidade moderna que se radica na dignidade humana e no convívio plural, é particularmente perniciosa em questões de sexualidade e família, a tal ponto que “as conseqüências dessa ‘negligência’ (voluntária ou involuntária) não

---

<sup>6</sup> Decisões racionais, no sentido aqui empregado e aplicável ao debate ora realizado, são aquelas livres de preconceito, de ignorância e de repulsa: “• os preconceitos não são razões válidas (acreditar que os homossexuais são inferiores porque não realizam atos heterossexuais não se justifica como julgamento moral de superioridade ou inferioridade); • o sentimento pessoal de nojo ou repulsa não é razão suficiente para um julgamento moral; • o julgamento moral baseado em razões de facto, que são falsas ou implausíveis, não é aceitável (por exemplo, é factualmente incorreto dizer que os atos homossexuais debilitam, ou que não há práticas homossexuais na natureza – ou seja, em outras espécies animais sexuadas); • o julgamento moral baseado nas crenças alheias (“todos sabem que a homossexualidade é um mal”) também não está suficientemente justificado.” (LOPES, 2005).

demoraram em se manifestar: a família se transformará no espaço que mais tardiamente será politizado e o mais difícil de democratizar”, na inegável advertência de Daniel Borrillo (2016, p. 373).

*At last, but not the least*, a crítica às consequências extraídas da posição finnisiana aqui expostas, pelos quais sustento a legitimidade da atuação estatal quanto à redescritção do casamento como instituição aberta a pessoas do mesmo sexo, não significam tomar o casamento como realidade mais nobre ou superior a outras formas de associação humana, tampouco superestimar efeitos sociais de legislação e jurisprudência favorável ao casamento homossexual (VALLE, 2010). Cair nessa supervalorização acrítica seria aceitar os riscos de um assimilacionismo discriminatório em prejuízo das homossexualidades em face de tradicionais formatos de vida heterossexual, como se verifica no discurso da “homoafetividade” (RIOS, 2013).

## Conclusão

A análise crítica do referencial finnisiano revela-se pertinente e necessária nos dias de hoje. De fato, os tempos atuais marcam-se por uma realidade nacional e mundial permeada por expressões de fundamentalismo, de ódio e de extremismo. Daí que o esforço acadêmico deve dirigir-se, em todos os momentos, ao compromisso público e privado que une esforços comuns e plurais para a constituição de uma sociedade democrática pluralista, pautada pelo respeito aos direitos humanos.

Constatar que a formulação finnisiana, pelo menos no particular quanto ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, é, enquanto filosofia, incompatível com o referencial contemporâneo dos direitos humanos não significa de modo algum proscriver seus adeptos do debate público racional. Significa, isso sim, realçar que a condição primeira para a participação nesse debate é o reconhecimento e o respeito ao pluralismo, donde que formulações que se apresentem como arautos da verdade moral, com propostas que impliquem a hierarquização subordinante de indivíduos e de grupos na sociedade política, com base em preconceitos e antipatias, são incompatíveis. Para a ideia de direitos humanos, é inerente a igualdade moral de cada um dos seres humanos, podendo decidir e viver conforme seu projeto de vida, desde que não cause dano a outrem, sendo ilegítimas propostas que façam avançar pretensões de superioridade cognitiva, moral, política e jurídica, com base em critérios raciais, religiosos, filosóficos, sexuais, por sobre o pluralismo necessário à política e ao direito democráticos.

## Referências

- ARENDDT, Hannah. Reflections on Little Rock. *Dissent*, n. 6.
- BEITZ, Charles. *The Idea of Human Rights*. Oxford: OUP, 2009.
- BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.
- BORRILLO, Daniel. A contratualização dos vínculos familiares: casais sem gênero e filiação unissexuada. *Revista Ajuris*, v. 43, n. 140, p. 371-398, 2016.
- BOSWELL, John. *Christianity, Social Tolerance, and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning Of the Christian Era to the Fourteenth Century*. Chicago: Chicago University Press, 1980.
- DOVER, K. J. *A Homossexualidade na Grécia Antiga*. SP: Nova Alexandria, 1994.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.
- ERIBON, Didier. *Réflexions sur la question gay*. Paris: Fayard, 1999.
- ESKRIDGE JR., William. United States: *Lawrence v Texas* and the imperative of comparative constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 3, p. 555-560, 2004.
- FINNIS, John M. The good of marriage and the morality of sexual relations: some philophical and historical observations. *American Journal of Jurisprudence*, n. 42, p. 97-134.
- FOUCAULT, Michel. *Los anormales*. Buenos Aires: FCE Argentina, 2000.
- GAY, Peter. *O Cultivo do Ódio: a experiência burguesa da Rainha Vitória a Freud*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: UNESP, 1993.
- HART, Herbert. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre: SAF, 1987.
- KATZ, Jonathan Ned Katz. *The invention of heterosexuality*. NY: Plume Penguin, 1995.
- LAGO, Pablo Antônio. *Casamento entre Indivíduos do mesmo Sexo*. Curitiba: Ed. Juruá, 2016.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo Leivas. A rejeição da conduta homossexual por John Finnis. In: RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. POA: Livraria do Advogado, 2007, p. 73-88.
- LOREA, Roberto Arriada. A influência religiosa no enfrentamento jurídico de questões ligadas à cidadania sexual: análise de um acórdão do Tribunal de Justiça do RS. RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. POA: Livraria do Advogado, 2007, p. 41-72.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Humanos no Brasil: compreensão teórica de sua história recente. *R. Inf. Leg.*, ano 24, n. 95, jul./set. 1987.

\_\_\_\_\_. Liberdade e direitos sexuais: o problema a partir da moral moderna. RIOS, Roger Raupp (Org.). *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. POA: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 2, n. 2. 2005.

MACFARLANE, Alan. *História do Casamento e do Amor*. SP: Cia das Letras, 1990.

MACEDO, Stephen. Sexuality and Liberty: making room for nature and tradition?. In: ESTLUND, David M.; NUSSBAUM, Martha (Orgs.). *Sex, Preference and Family*. NY: Oxford University Press, 1997, p. 86-101.

MARITAIN, Jacques. *Cristianismo e Democracia*. RJ: Agir, 1957.

MISKOLCI, Richard. *O desejo da nação: masculinidade e branquitude no Brasil de fins do século XIX*. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2012.

MOREIRA, Adilson José Moreira. *Cidadania Sexual: estratégia para ações inclusivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Opinião Consultiva n. 24/17. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2018.

PAREKH, Serena. *Hannah Arendt and the Challenge of Modernity*. NY: Routledge, 2008.

PONCAR, V. RONFANI, P. *La famiglia e il diritto*. Roma: Laterza, 1998.

QUINTANA, Fernando. *La ONU y la exégesis de los derechos humanos*. Porto Alegre: SAF/UNIGRANRIO, 1999.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. SP: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito da Antidiscriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo Gilberto; SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Revista Direito e Práxis*, n. 8, 2017.

\_\_\_\_\_. As uniões homossexuais e a “família homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação. *Civilistica*, ano 2, n. 2, 2013.

ROSENFELD, M. J. Nontraditional Families and Childhood Progress through School. *47 Demographyn*. 47, p. 755-770, 2010.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TIN, Louis-Georges. *L'invention de la culture hétérosexuelle*. Paris: Autrement, 2008.

TRIBE, Laurence. Equal dignity: speaking its name. *Harvard Law Review*, v. 129, 2015.

VALLE, Mariano Fernandez Valle. Despues Del 'matrimonio igualitario'. In: ALDAO, Martin; CLERICO, Laura (Orgs.). *Matrimonio igualitário: perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Buenos Aires: Eudeba, 2010, p. 179-204.

YOSHINO, Kenji. A new birth of freedom? *Obergefell vs. Hodges*. *Harvard Law Review*, v. 129, 2015.

WINTEMUTE, Robert. Sexual Orientation and Gender Identity discrimination: the case Law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. Disponível em <[https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/case\\_law\\_document\\_rw\\_2017-08-01.pdf](https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/case_law_document_rw_2017-08-01.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2018.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades impensáveis: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. *Horizontes Antropológicos*, v. 12, n. 26, p. 123-147, 2006.

.....

#### *Minibiografia do Autor - Roger Raupp Rios*

Mestre e Doutor em Direito pela UFGRS e Pós-Doutor pela Universidade de Paris II. Foi visiting scholar na Universidade do Texas – Austin e na Columbia University. Formador da Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM) e Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4 Região. Autor de diversos livros e artigos jurídicos, dentre os quais destacam-se “Direito da Antidiscriminação” e “Em Defesa dos Direitos Sexuais”.

.....

**Enviado em: 03.12.2018.**

**Aprovado em: 03.12.2018.**