Universidade de São Paulo

Paulo Henrique Garcia Hermosilla

**A EXISTÊNCIA DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO
MESMO SEXO**

Dissertação de mestrado

Orientador: Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf

Faculdade de Direito

São Paulo
2014

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
MESTRADO EM DIREITO CIVIL**

Paulo Henrique Garcia Hermosilla

A EXISTÊNCIA DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP – como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob orientação do prof. Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf.

Faculdade de Direito
São Paulo
2014

ATESTADO DE AUTORIA E CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: Paulo Henrique Garcia Hermosilla

TÍTULO DO TRABALHO: A existência do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

TIPO DO TRABALHO/ANO: Dissertação/2013

Conforme Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, o autor declara ser inteiramente responsável pelo conteúdo desta dissertação e concede à Universidade de São Paulo permissão para reproduzi-la, bem como emprestá-la, ou, ainda, vender cópias, somente para propósitos acadêmicos e científicos. O autor reserva outros direitos de publicação, e nenhuma parte desta dissertação pode ser reproduzida sem a sua autorização.

Paulo Henrique Garcia Hermosilla
Rua Emílio Ribas, 140, aptº 74 – Cambuí
13025-140 – Campinas – SP
hermosilla@usp.com

Dissertação aprovada em sua versão final pela banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf
Orientador – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

São Paulo/SP, ____/____/____

Aos que me acompanharam nessa
jornada, e me encorajaram com seu
amor incondicional, em especial
Alessandra, Giulia e Matteo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf, por todos os anos que trabalhamos juntos, pelo carinho que recebi e por viabilizar este trabalho.

Ao Dr. Joaquim Portes de Cerqueira Cesar, pelo apoio e estímulo inestimáveis.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

Em matéria de casamento, a doutrina majoritária sustenta que as causas de nulidade devem ser textuais ou expressas, não se admitindo nulidades virtuais. Nesse ambiente, surgiu a teoria da inexistência, criada pela doutrina como forma de impugnação do casamento realizado na ausência de seus elementos fundamentais: consentimento, celebração, e dualidade de sexo. Tal teoria, já conhecida pelos canonistas, foi desenvolvida e divulgada após a Revolução Francesa, a partir dos estudos do jurista tedesco Zachariae von Linghental, a partir dos comentários de Napoleão Bonaparte junto ao Conselho de Estado francês, quando da elaboração do Código Civil francês de 1804. O objetivo deste trabalho é analisar, após dois séculos dos estudos de Zachariae, o impacto sofrido pela teoria da inexistência a partir da aprovação, por diversos países, do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A partir surgiu o seguinte problema de pesquisa: existe o casamento entre pessoas do mesmo sexo? A pesquisa percorreu as seguintes etapas: pesquisa doutrinária, com ênfase para a doutrina francesa do século XIX, e pesquisa jurisprudencial nacional. O principal resultado alcançado, após as leituras e pesquisas efetuadas, foi a conclusão de que, hoje, no Brasil, a existência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade.

Palavras-chave: Zachariae. Homoafetivo. Casamento. Nulidade. Inexistência.

ABSTRACT

On marriage, the majority doctrine holds that the grounds of invalidity should be textual or expressed, not admitting virtual nonentities. Consent, celebration, and duality of sex: In this environment, the lack of theory, created by the doctrine as a way of challenging the marriage in the absence of its key elements emerged. Such a theory, now known by the canonists, was developed and released after the French Revolution, from the studies of boredom jurist Zachariae von Linghental, from the comments of Napoleon Bonaparte by the French Council of State, when preparing the French Civil Code 1804. The objective of this work is to analyze, after two centuries of dissemination of studies Zachariae, the impact suffered by the theory of absence from the adoption by many countries, marriage between persons of the same sex. From the following research problem emerged: is there a marriage between persons of the same sex? The research has taken the following steps: doctrinal research, with emphasis on the French doctrine of the nineteenth century, and national case search. The main result achieved after the readings and performed research, was the finding that, today, in Brazil, the legal existence of marriage between persons of the same sex is a reality.

Keywords: Zachariae. Same-sex. Marriage. Nonentities. Non-existence

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO.....	15
2 A DUALIDADE DE SEXO COMO ELEMENTO DE EXISTÊNCIA DO CASAMENTO À LUZ DA ESCOLA DA EXEGESE	24
3 A EXPERIÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO QUANTO AO CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO	39
3.1 França	39
3.2 Portugal	43
3.3 Espanha	49
3.4 Argentina	54
3.5 Outros países	57
4 O CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO BRASILEIRO	61
4.1 Lei e doutrina	61
4.2 Jurisprudência	85
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	114