

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Luciana Costa Poli

**UNIÕES HOMOAFETIVAS:
possibilidade do casamento à luz do princípio da dinamicidade da família**

Belo Horizonte

2012

Luciana Costa Poli

**UNIÕES HOMOAFETIVAS:
possibilidade do casamento à luz do princípio da dinamicidade da família**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P766u

Poli, Luciana Costa

Uniões homoafetivas: possibilidade do casamento à luz do princípio da dinamicidade da família / Luciana Costa Poli. Belo Horizonte, 2012. 146f.

Orientador: César Augusto de Castro Fiúza

Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito de família. 2. Casamento entre homossexuais. 3. União estável. 4. Princípios constitucionais. I. Fiúza, César Augusto de Castro. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.628

Luciana Costa Poli

**UNIÕES HOMOAFETIVAS:
possibilidade do casamento à luz do princípio da dinamicidade da família**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza (Orientador) – PUC MINAS

Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior – PUC MINAS

Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves – ESDHC

Prof. Dra. Renata Barbosa de Almeida – FUNCESI

Prof. Dr. Élcio Nacur Rezende – ESDHC

Belo Horizonte, 29 de fevereiro de 2012.

RESUMO

O trabalho traz uma breve introdução histórica da origem da família, apontando sua constante evolução através dos tempos. Apresenta uma releitura do conceito de família, desenhado sob a ótica da cooperação entre seus membros e da promoção da dignidade. Analisa a família como núcleo de desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõem. Busca a pesquisa delinear os princípios que informam o direito de família atual a fim de traçar um horizonte que se afigura sob a atual semântica da família. O trabalho apresenta algumas formas de formação familiar com o intuito de descortinar a multiplicidade de formações familiares possíveis e o descompasso entre os fatos sociais já consolidados e as formas de família expressamente amparadas pelo ordenamento jurídico. A partir das diversas formações familiares apontadas, desenha-se um panorama sobre a união homoafetiva e o tratamento que lhe é dado pela jurisprudência. O texto busca, através da principiologia constitucional, analisar a possibilidade de casamento de pessoas do mesmo sexo. Defende-se que outorgar a realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo possibilitaria a essas pessoas a sua proteção integral, pela acolhida de seus projetos de vida. Elencam-se ainda alguns possíveis efeitos da união homoafetiva, como a adoção do patronímico do companheiro, a possibilidade de adoção conjunta, entre outros. Por fim, não obstante a omissão legislativa acerca do tema, defende-se a atribuição ao cidadão homossexual das mesmas garantias e direitos concedidos ao heterossexual a fim de lhes possibilitar a total inserção social.

PALAVRAS CHAVE: Direito de Família; Princípios Constitucionais; União homoafetiva; Formações familiares possíveis; Casamento entre pessoas do mesmo sexo.

ABSTRACT

The paper presents a brief historical introduction of the origin of the family, pointing to his constantly evolving over time. Presents a reinterpretation of family's concept, designed from the perspective of cooperation between its members and dignity promotion. Analyze the family as the core of personality development of individuals who compose it. The research seeks outline the principles that inform the current family law in order to draw a horizon that appears in the current semantics of the family. The paper presents some forms of family formation in order to uncover the multitude of family formations and the possible mismatch between social facts already established and the forms of family expressly protected by law. From the different family backgrounds indicated, draw a picture of the same-sex union and treatment given to it by the case law. The text seeks, by constitutional principles, to analyze the possibility of marriage for same sex. It is argued that providing the performance of marriage between same sex would enable these people full protection, by the reception of their life projects. It also lists some possible effects of same-sex union as adopting the surname of his companion, the possibility of joint adoption, among others. Finally, despite the legislative omission on the subject, called for the assignment to homosexual citizens the same rights and guarantees granted to heterosexual in order to provide them with the full social integration.

KEYWORDS: Family law; constitutional principles; same-sex union; possible family formations; same sex.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CR/88 – Constituição da República

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPC – Código de Processo Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PACS – Pac Civil de Solidariete

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	16
2.1 Conceito de família.....	16
2.2 Evolução histórica.....	18
3 CONTORNOS DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
3.1 Casamento.....	29
3.2 União estável.....	32
3.3 Família monoparental.....	35
3.4 Família anaparental.....	36
3.5 Uniões concomitantes.....	39
3.6 Namoro.....	42
3.7 Concubinato.....	44
3.8 A Família no Estado Democrático de Direito.....	45
4 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	53
4.1 Introdução.....	53
4.2 Reconhecimento como união estável.....	56
4.3 Aplicação analógica das normas referentes à união estável.....	57
4.4 Discutindo a (im) possibilidade do casamento entre homossexuais.....	60
4.5 Tratamento jurídico da união homoafetiva no direito comparado.....	77
4.6 Contrato de convivência ou Pacto Civil de Solidariedade.....	87
4.7 Uniões estáveis homoafetivas – visão dos tribunais.....	92
5 A LEGITIMIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.....	99
5.1 Reflexões sobre a autonomia privada e a liberdade nas relações afetivas.....	99
5.2 A realização da família pelos direitos fundamentais.....	111
5.2.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	115
5.2.2 <i>Princípio do livre desenvolvimento da pessoa humana</i>	117
5.2.3 <i>Princípio da pluralidade de entidades familiares</i>	119
5.2.4 <i>Princípio da solidariedade</i>	121
5.2.5 <i>Princípio da dinamicidade da família</i>	123
5.2.6 <i>Princípio da intimidade/não interferência na comunhão de vida instituída pela família</i>	127
5.2.7 <i>Princípio da afetividade?</i>	128
5.3 Ressistematização e funcionalização do Direito de Família.....	130
6 CONCLUSÃO.....	135
REFERÊNCIAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

O tema central a ser abordado é a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Pretende-se no presente trabalho também abordar, ainda que de forma breve, a interferência e gerência do Estado nas relações familiares, bem como analisar os limites da autonomia privada e da liberdade nas relações afetivas no intuito de se delinearem os novos contornos da família contemporânea, já que no seio da família que se instalará, em primeiro lugar, o conflito entre o interesse público e o privado, bem como se realizarão as aspirações pessoais e sociais.

A releitura da família ora proposta terá como cerne a principiologia constitucional, em especial, os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da isonomia, do tratamento não discriminatório, da pluralidade das formas familiares. Entende-se que a família, qualquer que seja sua forma, considerada a mais importante forma de agregação humana, eis que fundada essencialmente no afeto e no amor e na cooperação entre seus membros, merece especial atenção do legislador, do jurista, do intérprete, pois é na família que se realizarão, em primeira instância, os direitos fundamentais. Como assinala Leite¹, é na família que se reproduzem ideologias, valores e normas que justificam as relações humanas e a ordem social num determinado contexto histórico. Nesse contexto, talvez mais relevante do que abordar a conceituação de família, será mostrar o espectro de valores que ela representa e transmite num determinado momento histórico.

Nesse diapasão, defende-se que o art. 226 da Constituição da República é bem exemplificativo de uma cláusula geral de inclusão, na medida em que podem ser abarcados em seu bojo inúmeros tipos de entidades familiares e que não se coaduna com os ditames do Estado Democrático de Direito o controle estatal restritivo de constituição de núcleos familiares, já que, como bem esclarece Pereira², hoje a família é plural.

Ao se propor o tratamento peculiar às uniões homoafetivas e ainda a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, o objetivo é tentar emprestar uma roupagem jurídica a relações e situações fáticas que reclamam reconhecimento social.

Enfim, o que se pretende com o presente trabalho é elaborar uma interpretação construtiva da família com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, bem

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 79.

² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 31.

como suscitar a reflexão acerca das consequências jurídicas dos núcleos familiares, que denominamos atípicos, em especial a união homoafetiva.

Procura-se ainda prestigiar a família como *locus* do afeto e da cooperação, da promoção da dignidade e não de amealhamento de patrimônio, ultrapassando a influência da arquitetura familiar romano-canônica que predominou até recentemente no Direito Pátrio.

Assim, a função da família e do Direito de Família, que se pretende desenhar, ultrapassa o âmbito das relações domésticas/patrimoniais, quando assume o caráter de patrocinar a realização da cidadania e da promoção da dignidade de seus membros e, como tal, não comporta o engessamento imposto pelo Estado no tocante à validação ou legitimidade de formas limitadas de família. A família, independentemente do arranjo que assume, é o espaço indispensável para a garantia do desenvolvimento digno da pessoa humana e a proteção de seus membros se dará, em primeira instância, pelo respeito à forma escolhida para sua constituição e pelo livre exercício desta opção.

Não obstante, cabe gizar que a família atual transcendeu uma concepção eudemonista, na qual se busca exclusivamente a felicidade individual³ fulcrada apenas no afeto para uma concepção mais solidarista, como núcleo de cooperação. Nesse sentido, não se compreende o afeto como princípio norteador das relações familiares, pois a realização das aspirações afetivas e sexuais se dará ou não, mas a família talvez possa ser compreendida não apenas como núcleo de afeto, mas espaço de cooperação, ajuda mútua, comunidade voltada à realização e promoção da dignidade humana ainda que não vocacionada ao amor.

Certo é que não se pretende atribuir à família o viés de unidade proposta ou imposta para realização exclusiva de fins econômicos, políticos, religiosos e sociais. Defende-se a livre escolha do indivíduo para constituir um agrupamento de companheirismo e afetividade, mas porque não também de cooperação econômica, psicológica, social e não pautada exclusivamente no afeto?

O comprometimento com os princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana e a pluralidade da família, como será abordado neste trabalho nos conduzirá a entender a família⁴ funcionalizada como instrumento de concretização da liberdade, como ressalta Perlingieri: “A liberdade na família encontra na unidade e nos relativos deveres não

³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A disciplina jurídica da autoridade parental no direito civil contemporâneo*. 2004. Dissertação - Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte, p. 37.

⁴ VILLELA, João Baptista. *Liberdade e família*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 11.

apenas o limite, mas a função, o fundamento para a própria titularidade”⁵.

Não se tem a intenção de esgotar o tema e ofertar uma solução definitiva às diversas questões que surgirão no desenvolvimento de cada tópico, mas a nossa pesquisa tem como escopo fomentar os debates, a reflexão, o pensamento discursivo sobre as questões ora colocadas, a fim de proporcionar ao leitor o panorama da família atual e em especial o tratamento jurídico concedido às uniões homoafetivas.

Por fim, no presente trabalho, procura-se também mostrar o posicionamento jurisprudencial sobre os temas expostos, tais como adoção por casais homoafetivos, reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões paralelas, etc., o que revelará que nossos tribunais, com honrosas exceções, ainda resistem a enfrentar e pensar o direito de família como instrumento de promoção dos princípios constitucionais, buscando soluções paliativas e que não resolvem as patologias arraigadas no sistema atual, negando-se a reconhecer as vicissitudes do direito de família e perpetuando a preocupação com o aspecto econômico/patrimonialista da família, alinhada à discriminação nas relações familiares.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 125: “La libertà nella famiglia trova nell’unità e nei relativi doveri non soltanto il limite ma la funzione, il fondamento della sua stessa titolarità” (Tradução livre).

2 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Conceito de família

A identificação e definição do termo *família* é uma das questões mais debatidas na antropologia e na sociologia. Não é possível considerarmos apenas uma forma natural ou universal da família. Ao contrário, o estudo histórico mostra que a família poderá assumir contornos múltiplos. Em distintas épocas e civilizações existiram agrupamentos de pessoas constituindo um grupo ou família, sob diversas formas e direcionadas a diferentes finalidades, conforme os costumes, as ideologias e as crenças de cada tempo.

Afirma Pereira⁶ que, em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem do tronco ancestral comum. Em um conceito amplo, a família está relacionada ao conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar compreendendo os ascendentes, descendentes e colaterais do outro cônjuge, ou seja, os parentes afins.

Numa concepção sociológica considera-se família, as pessoas que vivem sob o mesmo teto e sob a autoridade de um titular, conceito que coincide com a posição do *pater familias* do direito romano, descrita por Ulpiano⁷, que definia família como o grupo plural de pessoas que pela natureza ou pelo direito vive sob o poder de outra. Na clássica distinção de Pontes de Miranda citado por Fiúza⁸ a família admite duas acepções: (a) uma ampla, entendida como a reunião de pessoas descendentes de um grupo ancestral comum⁹; (b) uma estrita, a reunião de pai, mãe e filhos, ou apenas um dos pais com seus filhos.

Belluscio¹⁰ afirma que, tradicionalmente, extraem-se três conceitos distintos de família:

- a) família em sentido amplo (como parentesco): conjunto de pessoas entre as quais há uma relação de parentesco;
- b) família em sentido estrito: agrupamento formado pelo pai e/ou mãe e seus filhos;
- c) família em sentido intermediário: grupo social de pessoas, unidas pelo afeto, que

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IV, p.19.

⁷ VENOSA, Sílvio de Sálvio. *Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5. p. 34.

⁸ FIÚZA, César de Castro. *Direito Civil. Curso Completo*. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.931.

⁹ Para o autor, nessa acepção incluem-se também as pessoas ligadas pelo vínculo do casamento ou ainda pela união estável, bem como seus parentes sucessivos, ainda que não descendentes.

¹⁰ BELLUSCIO, César Augusto, *Manual de Derecho de familia*, 6 ed. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 5.

se ajudam mutuamente, dividem suas economias, as tarefas domésticas.

Esse sentido é talvez o que mais se aproxima do conceito atual de família, como a convivência pautada pelo princípio da solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos. A família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promove mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento pessoal de seus membros.

A ideia de família baseada na possibilidade de procriação e assistência à prole é ultrapassada, a família que se busca promover é aquela comprometida em uma união estável, voluntária e de cooperativismo que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário. Vale salientar os ensinamentos de Gama,¹¹ para o qual o conceito de família compreende a comunhão de vida e de interesses, a satisfação do amor recíproco, “aquela *affectio maritalis* que as núpcias romanas destacavam como fator psíquico da vida em comum e sustentáculo da substância do casamento”

A existência da família é essencial ao processo de desenvolvimento psíquico do indivíduo¹²; é um complexo espaço relacional e afetivo; o *locus* primeiro de transmissão da cultura, mas a própria evolução da cultura, de geração a geração, transforma e reconstrói a própria família. Na constituição de família está implícito o desejo dos indivíduos de compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, formarem um novo organismo distinto de suas individualidades¹³.

Para Tepedino¹⁴, para que se possa denominar um grupo de pessoas de família, faz-se necessária a presença de, ao menos, dois requisitos: (i) afetividade e (ii) estabilidade.

No mesmo sentido, Lobo¹⁵, para o qual qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade, é uma entidade familiar merecedora da proteção conferida pelo art. 226 da CR/88.

Certo é que o vocábulo família remete-nos à ideia de refúgio, de aconchego, de

¹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 157.

¹² LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 158.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 341.

¹⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Anais ...* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505.

alento, de proteção e, sobretudo, de amor. É a família a principal referência do indivíduo na sociedade, é a noção primeira do sentimento de “pertença”, vital para o desenvolvimento da realização da pessoa humana.

A família oferece ao indivíduo um bem estar que noutra parte ele dificilmente encontra, é um asilo de paz e de conforto que o alenta nos conflitos sociais, intelectuais e psicológicos da vida e, ainda que, em alguns períodos da história, sob a forte influência de fenômenos sociais, a família tenha sido seriamente ameaçada, por gerar absurdas obrigações morais e econômicas, ela triunfou¹⁶.

Como assevera Hironaka, mudam-se os costumes, os homens, a sociedade; apenas uma verdade não se altera: a necessidade do indivíduo de estar inserido no seio de uma família, uma aspiração insubstituível por qualquer outra forma de convivência social.¹⁷

O conceito de família hoje decorre das seguintes colocações: família para a promoção do indivíduo, família sem necessário casamento. Em todos os lares onde houver pessoas ligadas seja por laços de sangue ou não, mas unidas pelo afeto, pelo plano de concretização das aspirações de cada uma delas e daquele núcleo como um todo, concatenadas e organizadas econômico e psicologicamente haverá uma família.

Nesse trabalho, conceituamos a família como agrupamento de pessoas comprometida em uma união estável, voluntária e cooperativa que cumpre a função de promover e proteger seus integrantes, um organismo solidário. Família não apenas como elemento dado pelo legislador, mas revelada também pela observação social dos fatos nas relações intersubjetivas, busca-se um horizonte familiar que revalorize a e veicule a solidariedade, a compreensão e se possível o afeto.

2.2 Evolução histórica da família

A família é especialmente permeável à realidade social, às posições ideológicas, visões políticas, religiosas ou concepções de vida laicas ou apolíticas. Essa permeabilidade confere à família alterações constantes de significado às quais o direito deve sempre procurar acompanhar e compreender.

Entender a família é também compreender o universo histórico, social e político em

¹⁶ COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*, p. 213.

que se insere, considerando que a tutela jurídica que lhe é dispensada condiciona-se também por esses fatores. Nessa perspectiva, para que se possa compreender a família hoje faz-se necessário percorrer seu trajeto histórico. Possivelmente, a pesquisa de suas raízes facilitará a análise crítica da família no ordenamento jurídico contemporâneo.

A partir dessa ideia, procuraremos introduzir as origens da família desde o direito romano, dada sua profunda influência no ordenamento jurídico pátrio. O nosso estudo pautar-se-á pela descrição da família romana moldada principalmente na obra de Fustel de Coulanges.¹⁸

As sociedades primitivas procuravam se organizar para a satisfação das necessidades primárias. O problema central do homem nessa época era prover o próprio sustento, considerando as técnicas ainda rudimentares de se proteger dos rigores da natureza. Homem e mulher tinham papéis bastante individualizados e estruturados de maneira a propiciar que a divisão de tarefas contribuísse para o sustento do lar. Por essa razão na sociedade dessa época, o homem raramente vivia sozinho. As relações familiares se pautavam geralmente por relações familiares grupais e não existia propriamente uma relação conjugal individualizada.¹⁹

A família romana é descrita como comunidade religiosa de culto aos mortos. Essa união religiosa se mantinha ao largo de várias gerações. Nem a morte separava seus membros, pois cultuavam os mortos em sepulcros próximos a seus lares, como parte integrante deles.²⁰ Na sociedade romana adorar os antepassados significa atribuir-lhes valor. Assim, em cada casa há um altar e, em torno dele, a família reunida que ali se encontra ao amanhecer e ao anoitecer para dirigir ao fogo sagrado as primeiras e as últimas orações do dia e ainda para compartilhar entre seus membros as refeições, cantos e atos religiosos.²¹ Em cada lar, antepassados a serem reverenciados representavam a religião doméstica.

A família é compreendida neste tempo não apenas por aqueles ali presentes, mas reúne também os antepassados que são diariamente cultuados em seus túmulos, parte

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, 1999. P. 76.

¹⁸ COULANGES. Fustel. *A cidade antiga*. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003. p. 58.

¹⁹ ENGLER, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução Ruth M. São Paulo: Klauss Centauro Editora. 2009.p. 67.

²⁰ ENGLER, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução Ruth M. São Paulo: Klauss Centauro Editora. 2009.p. 67.

²¹ COULANGES. Fustel. *A cidade antiga*. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.

fundamental de toda morada. O princípio da família antiga não está unicamente na geração, não está no afeto natural, não está no sangue, e, assim a leis destas sociedades estão em contraposição ao afeto natural e à ordem de nascimento.

Historiadores afirmam que o fundamento da família antiga encontra-se no poder paterno ou marital, embora parece-nos mais acertado dizer que sua origem é religiosa.²² O que estabelece laços de família nas sociedades antigas é a religião do lar e dos antepassados. Forma-se assim uma sociedade religiosa e concomitantemente uma sociedade familiar.

A mulher é introduzida no culto familiar pelo casamento que a torna membro da família do esposo e a desliga totalmente da família do pai. Da mesma forma, o adotado tornar-se-á filho quando aderir ao culto da família do adotante. Os direitos sucessórios são estabelecidos na medida da participação de cada membro da família no culto religioso. Não estamos afirmando que a religião criou a família, mas sem dúvidas foi quem lhe ditou as regras, possibilitando àquele grupo de pessoas invocar os mesmo fogo e cultuar os mesmos antepassados.²³

A primeira instituição que a religião doméstica estabeleceu foi o casamento. A união conjugal nesta época tem grande relevância, implicando, como já dissemos, na ruptura do laço familiar da mulher com a família de seu pai e sua introdução na família do marido, ou seja, seu culto aos antepassados do pai é substituído pelo culto aos antepassados do marido. O casamento é nesta época a cerimônia santa que irá introduzir a esposa na religião doméstica.

Interessante notar que o casamento assim celebrado só poderia ser dissolver por outra cerimônia religiosa que cessasse a comunidade de culto entre o casal.

Após a morte o homem era considerado um ser feliz e divino desde que seus sucessores lhe oferecessem a refeição fúnebre e as orações diárias. Caso essas oferendas não fossem realizadas o morto cairia em desgraça. Traço marcante da família antiga é a necessidade imposta pela religião de sua continuidade para perpetuação do culto.

Era dever do homem preocupar-se com sua descendência, razão pela qual o celibato era considerado grave impiedade e desgraça, podendo ser até mesmo punível. O filho que

²² COULANGES. Fustel. A cidade antiga. Lisboa: Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003 p.45.

²³ COULANGES. Fustel. A cidade antiga. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.p 45

poderia perpetuar a religião doméstica deveria ser fruto do casamento religioso, o laço de sangue por si só não constituía para o filho o liame de membro da família.

O casamento tinha o objetivo de garantir a continuidade da família. Caso a mulher não conseguisse gerar filhos era possível anular-se a união matrimonial ou divorciar-se, para que ao homem se permitisse uma nova união fértil. Em caso de morte do marido, a mulher poderia casar-se com o irmão do marido ou outro parente próximo e se considerava a criança fruto da união com o marido.

Importante apontar que a descendência desejada era masculina, não preenchendo o objetivo do casamento o nascimento de filha, eis que esta não poderia perpetuar o culto familiar, já que com seu próprio casamento passaria a pertencer ao culto de seu marido, desligando-se totalmente da religião doméstica de seu pai.

Como se percebe todo o afeto cedia perante as regras religiosas, a preciosidade da família residia nos laços firmados pela religião, sendo relegados os filhos naturais nascidos fora do casamento.²⁴

A recepção do filho na família não ocorria com o nascimento, mas repita-se com sua acolhida pelo pai através de declaração de cunho religioso que criava o vínculo moral e religioso entre ambos. Mais tarde, a criança, em outra cerimônia, era apresentada aos deuses para purificação, livrando-a do pecado original e introdução ao culto doméstico. A partir deste ato, a criança ingressava nessa pequena sociedade religiosa, neste pequeno núcleo doméstico, denominado família.²⁵

Em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade, representada pelo pater famílias, o ascendente mais velho, considerado a figura principal da casa que oficiava o culto aos deuses domésticos, exercendo ainda cumulativamente a função juiz, chefe político e sacerdote.²⁶ Tinha poder de vida e morte sobre os filhos.

A mulher estava subordinada à autoridade marital e considerada relativamente incapaz, não possuía autonomia e tampouco direitos próprios. Participava, como já dissemos, do culto do pai e do marido, porque a descendência e o direito hereditário eram exercidos pela

²⁴ ENGLER, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução Ruth M. São Paulo: Klauss Centauro Editora. 2009.p. 76.

²⁵ COULANGES. Fustel. *A cidade antiga*. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.p 49.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. IV.p. 28.

linha masculina. Assim, durante a infância e juventude era subordinada ao pai, após o casamento, ao marido. Somente o pater era independente e tinha capacidade de constituir patrimônio próprio. Podia dispor do patrimônio da família como lhe aprouvesse e se o casamento fosse *cum manu*, era-lhe facultado testar sobre os bens com irrestrita liberdade.²⁷

As pessoas loucas, casadas, com parentesco consanguíneo ou adotivo e de diferentes classes sociais eram impedidas de casar.

A partir do século IV com o Imperador Constantino, instala-se no Direito Romano a concepção crista da família na qual as preocupações de ordem moral predominam, havendo um certo sacrifício da autoridade do pater famílias tendo em vista a imposição do direito da cidade sobre o culto doméstico.²⁸ Assim, o pater famílias perdeu o direito de dispor sobre a morte da mulher e dos filhos, tendo sido conferidos a esses o direito de administrar seus pecúlios, doações e legados.

Com o advento do cristianismo a Igreja passou a legislar através de normas denominadas cânones, cujo conjunto passou a denominar-se direito canônico, sendo a família e o matrimônio as questões mais abordadas pela igreja.²⁹

Ao matrimônio foi conferido o *status* de sacramento e as demais formas de união eram consideradas precárias e passíveis de dissolução, apresentando-se como concubinato.

No direito canônico o *affectio maritalis* era importante apenas no momento inicial do casamento e seu desaparecimento não poderia ensejar a dissolução. A cópula ou conjunção carnal era o elemento consumidor da união e as relações sexuais não eram permitidas antes do casamento.

Foram instituídos alguns impedimentos para o casamento e a separação de corpos foi admitida ante a impossibilidade do divórcio nos casos de adultério, heresia, tentativa de homicídio e sevícia.

O direito canônico em muito influenciou o modelo de família estabelecido pelo direito civil brasileiro, sendo que algumas disposições do Código Civil ainda reproduzem a

²⁷ Casamento *cum manu*; aquele em que a mulher caía sob o poder do marido ou do paterfamílias do marido; subdividia-se em três: *confarreatio* (casamento religioso), *a coemptio* (casamento por compra), *eo usus* (casamento por prescrição aquisitiva) Havia a possibilidade da mulher continuar sob a autoridade paterna após o casamento ao optar pelo matrimônio *sem manu*.

²⁸ PEREIRA. Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22.ed.Rio de Janeiro: Forense. 2009.v. IV p 29.

²⁹ VENOSA.Silvio de Sálvio. *Direito Civil: direito de família*.8.ed.São Paulo:Atlas. 2008. v. 5.p. 24.

ideologia preconizada pelo direito canônico, em especial, a normativa referente ao casamento. Para o direito canônico, o casamento é um sacramento, além de contrato natural, decorrente da natureza humana. Nessa concepção, os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na natureza e não podem ser alterados nem pelas partes, nem pela autoridade, sendo o casamento perpétuo e indissolúvel.³⁰

O casamento nos grupos germânicos primitivos era realizado perante a reunião de homens livres e posteriormente passou a ser realizado perante um juiz representante da comunidade, dando origem ao casamento civil com a participação do Estado no ato da celebração.

A supremacia do chefe de família era mais diluída, permitindo aos demais membros certos direitos e liberdades. Ao pai era atribuída a função de criar e educar os filhos cessando sua autoridade sobre estes com a superveniência da maioridade.

De toda sorte, é a estrutura romana que inspirou o movimento de codificação oitocentista. Certo é que algumas nuances devem-se ao momento social e histórico que caracteriza-se sobretudo pelas aspirações sociais burguesas que culminaram no ideário iluminista baseado sobretudo na defesa da igualdade e da liberdade.

O traço que parece marcar a principal alteração entre a família romana e a família oitocentista é que o culto à religião doméstica foi de certa forma substituído pelo culto à propriedade privada. Nessa nova perspectiva, a família não se formava para preservar o culto doméstica, mas sim como forma para aquisição e manutenção do patrimônio.

A religiosidade doméstica foi substituída pela forte influência religiosa do cristianismo que legitimava a constituição familiar. Para o cristianismo, a única relação afetiva aceitável é aquela decorrente do casamento.

O Código Civil de 1916 acompanhou esse ideário e conceituou a família como o casamento. A família merecedora de tutela jurídica era aquela instituída unicamente pelo matrimônio. Assim, o direito de família tinha como objetivo principal disciplinar a relação matrimonial. Além da característica patrimonialista, a reprodução era também a mola propulsora da família. Casamento implicava geração de filhos, necessários para obtenção de força de trabalho e para preservação do patrimônio familiar através do direito sucessório.

À mulher incumbia a geração da prole e os cuidados com a casa, relegada a um papel

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Atlas. 2008. v. 5. P. 134.

secundário. Ao homem provedor e propiciador da aquisição do patrimônio mantinha-se como autoridade familiar, subjugando os demais. Essa é a família hierarquizada, patriarcal, patrimonialista.

A mulher era considerada relativamente incapaz após o casamento, necessitando da autorização do marido para a prática de certos atos da vida civil. Até mesmo em relação aos filhos a mulher não possuía autonomia. Embora talvez mais ligada afetivamente a eles, não possuía autoridade sobre eles.

Os filhos, por sua vez, sujeitavam-se ao poder paterno, expressado não raras vezes através de punições e castigos.

Pouco importava nessa época a satisfação pessoal dos sujeitos componentes da entidade familiar. Não havia igualdade entre os cônjuges, havia sim hegemonia da figura masculina. A harmonia familiar baseava-se na distribuição de tarefas entre os membros da família. O que importa é a coesão formal do núcleo familiar superior a qualquer realização pessoal dos cônjuges e dos filhos.

Nesse contexto, justificava-se a indissolubilidade do matrimônio, legitimador da ordem familiar e garantidor da função reprodutiva e patrimonial do casamento.³¹ Daí se falar em primazia da preservação estrutural da família.

Conforme estabelecido no direito canônico, o casamento preservou nessa época o objetivo de procriação e educação da prole, mútua assistência, através da divisão de papéis entre o homem e mulher. Era indissolúvel e tinha também como característica fundamental a diversidade de sexos. Cuidava-se de elemento natural do matrimônio.³² Apenas com a Emenda Constitucional n. 9/1977 aboliu-se o princípio da indissolubilidade do matrimônio.

Ocorre que apesar do modelo imposto, ou seja, a família fundada no matrimônio, a realidade social refletia que existiam outros modelos de família que não eram reconhecidos pelo direito. Paralelamente ao casamento, outras unidades com cunho familiar e relevante papel social, por não se enquadrarem no modelo imposto não recebiam o status familiar.³³

O direito voltava-se para uma sociedade considerada ideal, era fundado em valores únicos que deveriam ser aplicados indistintamente a todos. Havia uma verdadeira renegação

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Atlas. 2008. v. 5. p. 124.

³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Atlas. 2008. v. 5. p. 126

³³ FACHIN, Rosana Amaral Girardi. *Em busca da família do novo milênio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 27.

da realidade: a ordem jurídica não reconhecia e de certa forma combatia as uniões familiares não constituídas pelo casamento.³⁴

O direito brasileiro nessa época pretendeu conformar os fatos sociais, o que acabou por comprometer sua própria utilidade.

Certo é que a dependência do direito de família perante os fatores sociais e ideológicos torna temerária qualquer tentativa de caracterização aprofundada desse ramo do direito que pretenda ser aplicável a todos os tempos e territórios.

O procedimento de adaptação do sistema jurídica à nova realidade familiar na tentativa de acompanhar as mudanças sociais foi ocorrendo de forma paulatina que ganhou forte impulso com o advento da CR/88 através de uma nova ordem paradigmática.³⁵

Demais disso, diante da variedade de práticas culturais existentes em nossa sociedade e da matriz pluralista adotada pela ordem constitucional vigente, a regulamentação jusfamiliar deve se compatível com uma prática que se desenrole e prestigie não apenas uma dada categoria de concepções ditadas pela maioria e sim há de pautar-se por normas que sejam definidas por diferentes concepções.³⁶ Não se pode resumir a pessoa a simples ferramenta social, nem desmerecê-la a favor da maioria.³⁷

Por isso, não devemos ainda compreender o casamento heterossexual como o centro do direito de família. A família nuclear, fundada no casamento heterossexual, monógama, patriarcal, indissolúvel, patrimonialista que estava encarregada de cumprir uma função social pré-determinada já não mais prevalece.

As rupturas de padrões pré-definidos refletem de certa forma um longo processo de dissociação. A família na contemporaneidade há de ser compreendida como toda formação social propícia ao livre desenvolvimento das pessoas que a forma, sendo indiferente sua origem, sua espécie. Pode se apresentar sob as mais variadas formas, ruindo até mesmo, como veremos ao longo desse trabalho a unicidade do modelo de matrimônio realizado entre

³⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júri, 2010, p. 105.

³⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de. Invalidades Matrimoniais: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 97.

³⁶ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito de família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 3.edição. 2010.p. 76.

³⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.p. 134.

pessoas de sexo diferente.

Se a família é o recurso hábil para realização pessoal, a conformação desse recurso deve ser fruto de livre decisão das partes e, nesse sentido, merecedor de respeito jurídico³⁸.

³⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de. Invalidades Matrimoniais: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.p. 103.

3 CONTORNOS DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

Sob o domínio de Portugal o Brasil conheceu as Ordenações, compilações jurídicas organizadas pelos monarcas da época (Afonso IV, D.Manuel e Filipe II) com o intuito de reunir num só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes de direito. As Ordenações vigoraram no país desde o descobrimento até a vigência do Código Civil de 1916.

O direito de família no Código Civil apresentava uma estrutura matrimonializada, admitindo somente a formação da família pelo casamento, razão pela qual o direito de família era então concebido como o complexo de normas e princípios que regulavam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos dele resultantes, bem como as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e institutos afins, como a curatela e a tutela.

Hoje o panorama é diverso, o direito de família não se encontra encerrado apenas nas relações derivadas do casamento, ao contrário, a CR/88 expressa e solidifica o caráter plural da família. Nesse sentido, entende-se que o art. 226 da CR/88 reforça o caráter inclusivo do Estado Democrático de Direito, ao possibilitar a coexistência no nosso sistema de diversas formas de família.

O que há de comum em todo conceito de família é a convivência pautada pelo princípio da solidariedade em função da afetividade representada por laços emocionais conjuntos, seja entre cônjuges ou companheiros, entre pais e filhos ou entre parentes, quaisquer que sejam.

Nesse novo ambiente familiar proposto, o afeto é elemento indicador da existência de núcleos familiares atípicos, ainda que não seja, a rigor, no nosso entender, conforme sustentamos ao longo do desenvolvimento desse trabalho, o único elo a constituir a família.

Assim, optando por uma visão ampla, inclusiva e coerente com a própria evolução da família, o Direito das Famílias, pode ser definido como o conjunto de normas jurídicas que regulamentam as múltiplas relações ou situações jurídicas decorrentes do vínculo cooperativo, solidarista e, em geral, afetivo que unem as pessoas e são direcionadas à satisfação de seus interesses na busca da promoção da dignidade da pessoa humana.

Nessa acepção, considerando o caráter pluralista e inclusivo do art. 226 da CR/88, bem como os princípios constitucionais da igualdade, não intervenção do estado na comunhão de vida da família, da proteção à intimidade, não discriminação, dentre outros, a família

assume caráter promocional da pessoa humana em todos os seus aspectos, a coibir o caráter restritivo ou excludente de formas familiares não convencionais de modo a negar direitos a seus componentes. Por conseguinte, qualquer concepção restritiva e excludente de família importará em colisão com a ordem constitucional aberta e inclusiva idealizada pela CR/88 e consequentemente com os auspícios do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, busca-se privilegiar a expressão da liberdade no seio da família reconhecendo aos seus integrantes a possibilidade de determinarem a forma de constituição e direção da vida familiar, possibilitando-lhes a interpretação das exigências de cada qual na busca do objetivo comum deste núcleo solidário e cooperativo, bem como da busca individual de cada um para promoção individual. As estipulações recíprocas assim podem assumir papel “de regra e instrumento de realização do princípio da igualdade moral e jurídica, e ao mesmo tempo relativamente à natureza e aos conteúdos da direção fixada.”³⁹

Assim compreendido, há que se admitir o caráter dinâmico da família, a possibilitar-lhe inúmeras e inusitadas feições, e, por consequência, não se pode negar que a norma jurídica familiar deverá assumir contornos dinâmicos, sob pena de regradar o vazio, afinal submete-se a família a constantes movimentos sociais, históricos, valorativos a importar diuturnas mutações.

A família, segundo nossa concepção, há de ser espaço de fomento da dignidade da pessoa humana, de realização e construção da personalidade, da busca da satisfação pessoal e social. Nesse aspecto, considera-se relevante a ideia eudemonista da família, ressalva-se, no entanto, que, o indivíduo, como partícipe da comunidade familiar, tem também deveres de cooperação e solidariedade com o núcleo familiar.

A família tem se transformado e talvez seu maior desafio seja encontrar o equilíbrio entre os interesses individuais e a realização dos anseios pessoais e a satisfação dos interesses da comunidade familiar. Por isso, fala-se em solidariedade como expressão da ideia de valor comum de interesse tanto do indivíduo como da comunidade, o que é uma ponderação difícil que deve sempre considerar princípios fundantes como a liberdade e a igualdade.

A análise das transformações pelas quais a família tem passado ao longo da história é importante para que possamos compreender a dinamicidade da própria família. Nesse sentido, procuraremos delinear algumas formas de família, a fim de demonstrar o caráter multifacetário do núcleo familiar. Entendemos ser pertinente apresentar, ainda que de forma

³⁹PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 302.

breve, as principais características de algumas formas de família, para que possamos traçar o perfil da família contemporânea e procurar verificar se o casamento homoafetivo seria possível no nosso sistema jurídico.

3.1 Casamento

Etimologicamente, matrimônio significa ofício ou tarefa de mãe (do latim: *mater*, mãe e *munium ou múnus*, ofício). A palavra casamento indica a constituição de uma nova casa ou lar.⁴⁰

As clássicas definições que provêm do direito romano ainda se conservam na atualidade, como a de Ulpiano, extraída das Instituições de Justiniano: união do homem e da mulher, que implica vida em comum, indivisível; e a de Modestino: as núpcias são um consórcio do marido e da mulher por toda vida, comunicação de direito divino e humano. Embora nessas concepções o ponto nuclear seja a comunhão material e espiritual entre homem e mulher, os canonistas foram-se inclinando lentamente a acentuar um aspecto até então não compreendido expressamente: o mútuo “*ius in corpus pro generatione*”, o que implica dizer que primeiramente este direito mútuo refere-se ao débito conjugal em ordem à geração e à educação da prole e em segundo lugar à comunhão de leito, mesa e habitação.⁴¹

A definição de casamento sempre suscitou controvérsias doutrinárias, principalmente quanto a sua natureza jurídica, questão que divide a opinião dos autores em duas correntes majoritárias: (a) aqueles que defendem a natureza contratual do casamento como convenção⁴²; (b) outros que lhe atribuem feição institucional, pois é conjunto de regras impostas pelo Estado para regular as relações entre os cônjuges⁴³. Há ainda aqueles doutrinadores que, considerando os efeitos *ex lege* e *ex voluntate* do casamento entendem⁴⁴ que ele tem natureza *sui generis*, concepção que reconhece o papel relevante da autonomia privada no casamento e destaca também a intervenção estatal como elemento que protege os próprios cônjuges caso

⁴⁰ CAPARELLI, Julio César. *Manual sobre o matrimonio no direito canônico*. São Paulo: Paulinas, 1999, p. 7.

⁴¹ CAPARELLI, Julio César. *Manual sobre o matrimonio no direito canônico*. São Paulo: Paulinas, 1999, p. 8.

⁴² Defendem Caio Mario e Silvio Rodrigues que é inegável a ampliação da autonomia privada no casamento, sendo este um contrato especial, *sui generis*. MÁRIO, Caio; RODRIGUES, Sílvio. *Instituições de direito civil*. v. IV. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 167.

⁴³ Para esses, imperam no casamento normas de ordem pública a impor deveres e reconhecer direitos a seus membros, o que limita a autonomia privada. A autonomia estaria restrita à escolha do parceiro e à eleição do regime de bens. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156.)

⁴⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júri, 2010, p. 105.

elejam efeitos que possam ofender a sua preservação e proteção pessoal.

A liberdade e autonomia a ser conferida ao indivíduo deve garantir-lhe a possibilidade de livre eleição, sejam as escolhas boas ou más, só assim haverá de fato autonomia e conseqüentemente assunção de responsabilidade. Como afirma Fiúza⁴⁵, a vontade declarada livremente de acordo com a lei atribui ao sujeito responsabilidade. Responsabilidade no sentido de satisfazer o que foi convencionado ou suportar as sanções legais.

Quando se permite ao Estado a possibilidade de valorar as escolhas individuais ocorre um excesso de ingerência na vida do particular, ingerência que acaba por distorcer o instituto da capacidade para uma “pseudocapacidade”.

É interessante a opinião de Fiúza⁴⁶ que destaca o fato de o casamento ter disciplina própria e diferente dos demais contratos, o que “não o torna menos contrato”, apenas enfatiza suas particularidades, tornando-o contrato especial.

O casamento é hoje uma das formas de constituição da família, não encerra a forma única de família, é apenas uma face da realidade familiar. A coexistência de outras formas de família já asseguradas pelo texto constitucional e ampliação do *status* familiar a outras espécies de núcleos de cooperação e afetividade propostos neste trabalho nos conduzem a refletir sobre os aspectos conflitantes da união matrimonial como proposto pelo código civil. A leitura mais contemporânea de seus fundamentos doutrinários é essencial, considerando que o casamento assume um papel funcional, ou seja, instrumento de promoção da dignidade de seus membros.⁴⁷

Vale lembrar que o Código Civil de 1916 identificava a família ao casamento, concebendo-o como forma única de legitimar a família e conseqüentemente outorgando-lhe proteção estatal. O casamento foi delineado por Bevilacqua como a união indissolúvel entre homem e mulher, legalizador das relações sexuais entre eles e estabelecido com objetivo de criar e educar a prole.⁴⁸

Nessa concepção, o casamento representa o modelo de família patriarcal, patrimonializada, hierárquica, heterossexual e matrimonializada, espelho da ideologia cristã.

⁴⁵ FIÚZA, César de Castro. Direito Civil:Curso Completo. 11.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.274.

⁴⁶ FIÚZA, César de Castro. Direito Civil:Curso Completo. 11.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.931.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p 125.

⁴⁸ BEVILÁQUA. Clóvis. Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 34.

É o sacramento criado pelo Direito.⁴⁹

Esta união instituída pelo direito cujos fundamentos são a indissolubilidade, a fidelidade e tem objetivos patrimoniais e reprodutivos não se coaduna ao direito de família no Estado Democrático de Direito. Neste modelo não há espaço para a interferência estatal se revestida de autoritarismo valorativo e imposição de moralidade.

Hoje não se pode mais conviver na seara do direito sob a égide de ditames religiosos, razão pela qual a leitura do casamento deve ser outra, refletindo a alteração paradigmática do direito civil. O casamento deve ser entendido como a união solene e afetiva entre duas pessoas que, exercendo sua autonomia privada, instituem uma comunhão de vida hábil a fomentar sua personalidade.⁵⁰

Falar em autonomia privada no casamento implica afirmar que aos nubentes deve ser concedida discricionariedade na eleição de certas consequências desta união. Assumindo contornos funcionais para promoção da dignidade de seus membros, o casamento é também instrumento para a ampla realização pessoal de seus membros. Ao possibilitar tal caminho, há maior liberdade possível na instituição dessa parceria.⁵¹

O casamento, embora compreenda também aspectos patrimoniais, é antes de tudo composto por fatores existenciais. E são esses fatores que se pretende salvaguardar no casamento sob a égide do Estado Democrático de Direito. Casamento que pressupõe liberdade para que os nubentes elejam algumas consequências matrimoniais, já que, sem qualquer espaço para decisão, a autenticidade da formação pessoal dos cônjuges ficaria comprometida.⁵²

Por outro lado, reconhecem-se os efeitos *ex lege* do casamento. A justificativa para a imposição de normas cogentes funda-se em aspectos elementares da proteção da pessoa. No entanto, embora não seja objeto do presente estudo, razão pela qual não se aprofundará no tema, não se pode concordar que ao Estado cumpre determinar aos nubentes todos os deveres e direitos a serem ditados no casamento. A pretensão de proteção do Estado tem como escopo evitar que os próprios cônjuges façam eleições que lhe sejam extremamente desvantajosas.

De toda sorte, importa concluir que o casamento hoje não deve ser uma opção

⁴⁹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. v.1.Campinas: Bookseller, 1989.. p. 91.

⁵⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 105.

⁵¹ Nesse sentido o art. 1513 do CC “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

exclusiva dos pares heterossexuais, o que será mostrado no teor do presente trabalho. O casamento homossexual não deve ser enxergado com constrangimento. A resistência à igualdade de tratamento importa, em última análise, limitação infundada de direitos.

A análise de algumas formas de convivência familiar nesse trabalho tem o condão de demonstrar que na construção plural da sociedade proposta pelo Estado Democrático de Direito o casamento e qualquer outra forma de convívio familiar não podem ser compreendidas como instituições familiares heterossexuais.

A família de certo não sobreviverá se compreendida como forma hermética e insensível às alterações sociais. Foi-se o tempo em que sobre o casamento heterossexual repousava a própria sociedade civil. A moldura jurídica da família brasileira outrora instaurada com a codificação civil merece ser derrubada pela força construtiva dos fatos, a partir do próprio rompimento no texto constitucional de 1988 com o reconhecimento de formas outras de família.

Assim, o direito privado deve acolher integralmente os princípios e valores da Constituição e sobre tudo há de promover medidas que tendem a remediar a ausência de equivalência nos conflitos particulares sob pena de fratura do projeto pluralista do Estado Democrático de Direito.

É o momento de patentear transformações e rearticulações dos diversos institutos do direito civil, em especial, no domínio do direito de família, a fim de assegurar a concepção sociológica plural da família que se dará não apenas pela proliferação de núcleos familiares diversos como veremos, mas também pelo acesso dos indivíduos homossexuais a quaisquer desses grupos.

3.2 União estável

É assente que não é todo e qualquer relacionamento entre homem e mulher que pode ser reconhecido como união estável, sob pena de se distorcer este instituto jurídico consagrado com a finalidade de se regulamentarem relacionamentos com o fito familiar, ainda que sem vínculo matrimonial.

Nesse diapasão, cumpre ainda ao Poder Judiciário, nos casos de dissolução ou morte de um dos companheiros, antes de determinar a partilha de bens e direitos, aferir a natureza da

⁵²ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 105.

relação, para averiguar se é caracterizada a união estável ou não, o que ocorre pela verificação dos pressupostos legais.

É verdade que uma ligação longa pode não ser uma união estável, como outra mais curta possa sê-lo, desde que preenchidos os respectivos requisitos. Aqui se excluem os casos de relações eventuais, fugazes, que não apresentam interesse jurídico entre as partes, como as hipóteses de namoro ou de aconchego sexual esporádico, o *fornicatio simplex*, caracterizando a situação de amantes, sem relevo na esfera de seus direitos pessoais.⁵³

A isso se vinculam a publicidade, que não admite a clandestinidade da demonstração do afeto, e a continuidade, que afasta pontos de oclusão e interrupções que a desnaturem.

Todavia, de todos os pressupostos legais, ressalta-se o objetivo de constituir família, que acaba por se aliar a certos deveres inerentes ao casamento: lealdade, respeito e assistência; guarda, sustento e educação dos filhos, conforme prescreve o Código Civil nos arts. 1.723 e 1.724.

Nesse sentido, a doutrina reconhece que há a existência de veias comuns aos dois institutos e, conseqüentemente, não poderiam se divorciar do conceito de união estável alguns predicados do casamento.⁵⁴ Certo é que para a configuração da união estável é imprescindível a convivência, a vida em comum, o interesse convergente por um projeto de vida a dois ou, a “comunhão de vida”, o que se amolda ao conceito de companhia (*cum panis*, partilha do mesmo pão, servido na mesma mesa comum).

Para alguns autores, a convivência ainda se confunde com a coabitação. Nesse diapasão, Oliveira afirma que admitir união sem vida em comum – convivência de quem não está junto, companheiro que não faz companhia – implica verdadeira contradição.⁵⁵ Entretanto, a coabitação não é predicado constante do texto legal. Assim, a doutrina⁵⁶ e a jurisprudência passaram a admitir sua ausência⁵⁷, não de modo uniforme. Há quem sustente que a não coabitação só poderia se justificar por motivos excepcionais, como trabalho ou outras situações obstativas.

A comunidade de vida, no sentido de coabitação, inegavelmente é um traço revelador do intuito da formação de uma família, mas não se pode afastar sumariamente como união

⁵³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável*. Do concubinato ao casamento São Paulo: Método, 2003, p. 83.

⁵⁴ Exemplo disso: o casamento estabelece uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do Código Civil), e assim a união estável (art. 1.723).

⁵⁵ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável*. Do concubinato ao casamento. São Paulo: Método, 2003. p. 123.

⁵⁶ VELOSO, Zeno. *Código civil comentado*. v. XVII. São Paulo: Atlas, 2002.

estável as relações que não apresentem esse perfil, pois é possível que homem e mulher que optem por viver em tetos separados, tenham uma comunhão espiritual capaz de indicar que se objetive constituir uma família.⁵⁸

Para o Bossert, a relação sem domicílio comum é meramente circunstancial, que não impossibilita a implementação das condições para que o casal compartilhe a vida nos aspectos que determinam situações protegidas pelo Direito, como sucessórios, responsabilidade solidária, etc.⁵⁹

Todavia, como observa Oliveira, inobstante o distanciamento físico dos companheiros, é indispensável que subsista uma efetiva convivência, com encontros frequentes, prática de interesses comuns, viagens, participação em ambientes sociais e outras formas de entrosamento.⁶⁰

Em outra senda, o propósito de constituição de família, delineador da união estável exterioriza-se exatamente nessa vida em comum aos olhos públicos e com afeição recíproca, mútua dependência econômica, contas bancárias conjuntas, parcerias em negócios e conjugação de esforços, deferência, consideração e mútuas atenções, solidariedade e cumplicidade, enfim, para o legislador, a similitude com a sociedade matrimonial.

Nesse contexto, arremata Oliveira:

enquadram-se a assistência emocional recíproca entre os conviventes, a colaboração nas empreitadas comuns, o esforço de mútuo sustento, o compartilhar de mesa e leito, o clima de carinho, atenção e gestos de amor indispensáveis no desenvolvimento digno da personalidade e do caráter das pessoas e a realização do sonho de uma feliz comunhão de vida.⁶¹

A convivência que não se revista de verdadeiro intuito de formar família, como ocorre numa chamada “relação aberta”, pode se caracterizar por um envolvimento amoroso e certo grau de companheirismo, por interesse e convivência sociais, mas não será união estável, eis que ausente o elo essencial de uma efetiva vida em comum⁶², na qual deve haver

⁵⁷ Em sentido oposto, a Súmula 382 do STF “A vida em comum sob o mesmo, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

⁵⁸ VIANA, Marco Aurélio S. *Da união estável*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29.

⁵⁹ BOSSERT, Gustavo. *Concubinato*. Buenos Aires: Editora Obbis, 1968. p. 34.

⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável*. Do concubinato ao casamento, São Paulo: Método, 2003. p. 136.

⁶¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União estável*. Do concubinato ao casamento. São Paulo: Método, 2003. p. 139.

⁶² “Para haver realmente uma união estável, deve ficar demonstrada uma prolongada vida em comum com ânimo de constituir família, havendo prova segura do relacionamento em tudo assemelhado ao casamento, marcado por uma comunhão de vida e interesses” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 4º GC. Apelação cível n. 70003620093. Relator Desa. Maria Berenice Dias. *DJ*, 06 mar. 2002.).

um envolvimento tal, que faz dos consortes pessoas jungidas, cujo destino de um haverá de afetar o futuro de outro.

Tal assertiva nos leva a seguinte indagação que será discutida oportunamente neste trabalho: será a heterossexualidade elemento essencial à caracterização da união estável?

3.3. Família monoparental

A família monoparental é definida pelo artigo 226, 4. da CR/88 como a “*comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”. Monoparental remete-nos a ideia de parentalidade exclusiva, designa a realidade familiar formada pela relação entre o pai e seus filhos ou entre a mãe e seus filhos.

A menção expressa da Constituição Federal de 1988 da família monoparental é relevante, pois representa esta família uma formulação totalmente diversa daquela até então tratada pelo direito civil.

A prescrição constitucional da família monoparental numa primeira análise é bastante simples e elucidativa. Embora seu aspecto nuclear seja a uniparentalidade, numa interpretação mais ampliativa, cabe questionar a possibilidade de se incluir neste conceito a família formada por algum parente que não o ascendente de primeiro grau e seus dependentes. Seria o caso, por exemplo, do avô ou avó que tem sob sua responsabilidade neto, ou ainda a realidade de tio ou tia que cuida do sobrinho.

Afirma Dias⁶³ que a família monoparental caracteriza-se quando verificada a existência de núcleo familiar, no qual há diferença de gerações entre seus membros e não exista relacionamento sexual entre eles. Nesse entendimento qualquer entidade chefiada por algum parente que não um dos genitores é família monoparental. Nesse raciocínio a parentalidade é entendida como sinônimo de parentesco.

Almeida e Rodrigues Júnior⁶⁴ entendem que a parentalidade na redação do dispositivo constitucional deve ser entendida como ancestralidade, e conseqüentemente para formação da família monoparental é obrigatória a presença de um ascendente ainda que de outro grau que não o primeiro, ou seja, para os autores a diferença entre as gerações mostra-se suficiente para a configuração da família monoparental, não importando o grau, desde que

⁶³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p 123.

⁶⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010. p. 143.

este parentesco seja em linha reta.

Outro ponto de divergência entre os autores refere-se à essencialidade da menoridade dos descendentes na formação desse vínculo familiar. Para Dias⁶⁵, a menoridade dos descendentes não é característica elementar da família monoparental, para Lobo⁶⁶ a emancipação ou a maioridade dos descendentes desconfigurariam esta entidade familiar em razão da perda do poder familiar.

Não nos parece que o termo parentalidade na configuração da família monoparental deva ser entendido como vínculo de poder familiar entre seus membros. A situação é esdrúxula: a persistir esse entendimento, a família como núcleo de proteção jurídica se descaracterizaria com a maioridade ou emancipação de seus membros o que é absurdo. Sendo mantida a realidade social da família a esta entidade deve-se conservar o reconhecimento jurídico deste atributo e suas consequência jurídicas.⁶⁷

Demonstradas essas divergências doutrinárias, que não serão aprofundadas por escaparem ao escopo do presente trabalho, salienta-se a questão que parece mais interessante para este estudo: a monoparentalidade como associação familiar pressupõe a ausência da *affectio maritalis*.

É realidade social sempre presente, mas só agora expressamente reconhecida como família⁶⁸ que revela a superação da estrutura familiar típica fundada na união entre duas pessoas para fins procriativos, atestando a fragilidade e deficiência do modelo familiar oitocentista até então arraigado em nosso sistema. O reconhecimento expresso pela Constituição Federal desse modelo familiar é histórico, eis que demonstra a superação de estereótipos reiteradamente copiados ao longo dos anos para configuração da família digna de proteção jurídica. É entidade formada pela união assexual entre seus membros que sublima o verdadeiro e atual sentido de família, núcleo cooperativo, que apresenta em geral comunhão de afeto indiferente da origem, forma ou afinidade sexual.⁶⁹

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

⁶⁶ LOBO, Paulo Luís Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 126.

⁶⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010. Para os autores a presença de qualquer outra pessoa neste espaço descaracteriza a qualidade de monoparental da família. Afirmam que haverá família se presentes o vínculo da afetividade, ostensividade e estabilidade, só não será possível considerá-la monoparental.

⁶⁸ Embora, sob o aspecto da filiação, já havia proteção jurídica.

⁶⁹ A monoparentalidade afronta com muito mais vigor os pilares sob os quais se fundou por longo tempo o entendimento familiar. Em consequência, é natural que as reações aversivas a ela sejam mais frequentes. Para exemplificar já houve quem denominasse a monoparentalidade como família incompleta (ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010).

3.4 Família anaparental

É aquela constituída sem a presença de um ascendente, constitui-se pelo liame entre pessoas com vínculo de parentesco que constituem um núcleo familiar sem a presença de um ascendente comum⁷⁰. A união convivencial entre irmãos, entre tios e sobrinhos, etc.

Dias⁷¹ confere significação mais ampla à expressão, ao sustentar que o elemento essencial dessa entidade familiar é o propósito de convivência familiar, não importando a existência de relação de parentesco. Nesse raciocínio, também seria família anaparental a reunião convivencial de indivíduos que optem por compartilhar suas vidas tanto no aspecto econômico, social e afetivo, como ocorre, por exemplo, no relacionamento entre duas amigas.

A estrutura formada por vários irmãos que foram abandonados pelos pais, que continuaram por muitos anos a viverem juntos, e tendo o primogênito assumido as responsabilidades da figura paterna para com os demais irmãos, dando amparo não só material, mas também emocional, de carinho, afeto, amor e cuidados, constitui um dos possíveis modelos de família anaparental.

Gama⁷² posiciona-se contrariamente a essa aceção. Segundo ele, a afetividade, isoladamente, não é elemento que possa dar respaldo jurídico para constituir vínculos familiares, “[...] porque aí teria que se reconhecer a união (sexual) entre parentes em linha reta, cuja proibição de casamento e de união estável fundada no companheirismo é patente no ordenamento jurídico brasileiro”. E ainda complementa:

No que tange às denominadas famílias anaparentais, frise-se que, existe vínculo de parentesco entre irmãos, por exemplo, sendo que a questão propriamente não é a identificação se existe ou não uma família (já que os parentes são familiares), e sim qual deve ser o regime a ser observado no campo dos direitos pessoais e direitos patrimoniais familiares, ou seja, o conteúdo da relação jurídicofamiliar.

Igualmente, para Dias⁷³, a família anaparental é, como já anteriormente conceituada, “[...] a convivência entre parentes, ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma

⁷⁰ BARROS, Sergio Resende de. *Direitos humanos e direito de família*. Disponível em: www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85. Acesso em 3.9.2010.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

⁷² GAMA, Guilherme de Oliveira. *O companheirismo, uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 143

⁷³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 47.

estruturação com identidade de propósito”, ou seja, ela não atribui o conceito de família anaparental a qualquer convivência, pois um dos requisitos é que haja uma identidade de propósito, vale dizer, que seja efetivamente a de constituir uma família, que possua assistência mútua material e emocional.

E não só da parentalidade decorre a família anaparental, mas também da convivência de pessoas, do mesmo sexo ou não, que, sem conotação sexual, que vivem como se família fosse. Um exemplo seria o de duas amigas aposentadas que resolveram compartilhar um mesmo lar, e que, vivendo juntas por muitos anos, dividem alegrias e tristezas, e pelo esforço mútuo acabam por adquirir bens na constância da convivência.

O Estado, similarmente ao que ocorre com a família composta pelos irmãos, não a vê como uma entidade familiar. Mas não há como negar que essa união bem como a existente na família formada pelos irmãos, são sim entidades familiares, afinal, todos os pressupostos para se configurar uma família se fazem presentes em ambas.

Ademais, verifica-se nessa os elementos principais, que são a cooperação, solidariedade e o *animus familiae* como bases de sua constituição. E a família, para assim ser entendida, não precisa possuir aquela estrutura clássica formada biologicamente por pai, mãe e filhos, hoje, as famílias não possuem mais um molde pré-definido; eles vivem com amigos, primos, tios, enfim, vivem com aqueles que melhor lhe proporcionem os meios para alcançar a realização pessoal, vivendo uma vida digna, plena e feliz, o que, afinal, é o fim precípua da família, e, alcançado este, é ela também uma entidade familiar, merecedora da proteção especial do Estado.

No nosso entender trata-se de união familiar, sem cunho sexual, caracterizada pelo *animus familiae*, cuja existência pressupõe o cumprimento dos requisitos gerais: ostensibilidade, estabilidade e afetividade. Por certo, uniões esporádicas e circunstâncias entre parentes ou amigos não configuram entidade familiar.

A aceitação jurídica da existência da família anaparental suscita a criação de possíveis efeitos próprios, tais como o eventual rateio de patrimônio havido por esforço comum, direito a alimentos e direitos sucessórios. Questões que reclamam debate cuidadoso a fim de se encontrar possíveis soluções e demonstram que:

- a) o direito de família não pode ser compreendido de forma hermética;
- b) o elemento sexual não é relevante na formação familiar e na realização pessoal;
- c) a família existe pela comunhão de vida, de projetos, pela ajuda mútua;
- d) a ausência de previsão legal não pode relegar as formas possíveis de família à

marginalidade.⁷⁴

3.5 Uniões concomitantes

Trata-se de relação afetiva-sexual mantida por um indivíduo simultaneamente a outra situação familiar. Caracteriza-se pela pluralidade de núcleos familiares que possuem um membro em comum, sendo comumente conhecida como concubinato adulterino. A rigor, não poderiam coexistir duas entidades familiares protegidas pelo ordenamento jurídico. A bigamia é inclusive tipificada no direito penal pátrio como crime.

As uniões afetivas concomitantes, ou a família simultânea⁷⁵ é realidade moralmente repudiada que suscita conturbações não apenas de ordem jurídica, mas, sobretudo, reflete uma situação fática indesejável socialmente por afrontar um dos pilares da família tradicional, qual seja a monogamia. Além do desprezo social, tais relações são reprimidas pela doutrina e jurisprudência que, avessas às transformações sociais, insistem em imprimir à família o suposto ideal monogâmico. Ideal este que reflete tão somente uma preferência de cunho pessoal, intrínseco ao julgador ou doutrinador, já que a monogamia não é princípio jurídico e, portanto, inexistente a sua imposição.⁷⁶

Na doutrina encontram-se autores que, diante da coexistência de dois relacionamentos, sustentam que se deva investigar qual deles realmente poderia ser caracterizado como entidade familiar, para efeitos de proteção pretendida pelo Estado, não admitindo a proteção dúplice. Nesse sentido, Wambier, ao tratar justamente do tema em questão, observa:

Ora, a partir do momento em que o homem ou a mulher, casados, encontram-se separados de fato, ao menos a partir do momento em que essa separação de fato se mostra definitiva, como, por exemplo, no caso de alguns deles, ou ambos, já terem constituído uma nova entidade familiar, com outra pessoa, torna-se impossível que o Estado possa proteger ambas as situações, concomitantemente, isto é, a do casamento meramente formal e a da entidade familiar. Nestes casos, evidentemente, se a entidade familiar deve, por força de norma constitucional, receber proteção do Estado, não pode este, ao mesmo tempo, proteger, com os mesmos direitos, a situação do casamento meramente formal. O Direito, cada vez mais, protege

⁷⁴ Para Hugo Ribeiro Sá como a família anaparental nasce de uma relação de convivência ostensiva e duradoura, da mesma forma que a união estável, os dois arranjos familiares devem ser equiparados para fins jurídicos. (SÁ, Hugo Ribeiro. *Família anaparental: uma realidade ou ficção jurídica?* Direito. UNIFACS – Debate virtual, Salvador, jan. 2008. Disponível em [p//www.facs.vv/revistajuridica/ediçãojaneiro2008/discente/dis4.doc](http://www.facs.vv/revistajuridica/ediçãojaneiro2008/discente/dis4.doc). Acesso em 30 set.2010.)

⁷⁵ Terminologia empregada por ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010. p. 156.

⁷⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010. p. 165.

situações reais e, cada vez menos, situações meramente formais.⁷⁷

Certo é que a mera aparência e um vínculo formal não devem se sobrepor à realidade e à essência da relação vivenciada pelas partes. Nesse sentido, é o art. 1.723, parágrafo 1º do Código Civil⁷⁸ ao admitir a união estável se a pessoa casada estiver separada de fato ou judicialmente. Nesse caso, os efeitos patrimoniais terão prevalência sobre a relação que está presa a uma mera formalidade cartorial ou pendente de processo de dissolução judicial, para responder a interesses mais verdadeiros, para fazer a melhor tradução da essência do Direito.

Ressalta-se que, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, os tribunais brasileiros, com arrimo no entendimento supra, proferiram várias decisões sugerindo que, dadas as circunstâncias fáticas do caso, o concubinato poderia sobrepor-se a um casamento desfeito apenas de fato para efeitos de divisão patrimonial.

Certo é que tantas são as circunstâncias da vida, que pode ocorrer que o indivíduo mantenha duas entidades familiares distintas. Nesses casos, as peculiaridades de cada caso deverão ser analisadas detidamente, sendo que em certas situações não há como negar a atribuição, a ser realizada com extrema cautela, de efeitos patrimoniais decorrentes das duas uniões, visto que várias são as situações possíveis, dentre as quais destacamos:

- os (as) companheiros (as) têm ciência da relação dúplice;⁷⁹
- apenas um (a) companheiro (a) tem ciência da outra relação;
- nenhum (a) dos companheiros (as) tem ciência da outra relação;

Em caso de litígio acerca da divisão patrimonial, pagamento de pensão, destinação de pensão previdenciária entre outros efeitos da união, as provas dos autos deverão ser contundentes; primeiro, para aferir se as duas relações tinham fito familiar; segundo, para aferir a observância ou não do princípio da boa-fé objetiva pelos envolvidos.

No primeiro caso, deve-se verificar o cumprimento dos pressupostos familiares próprios – afetividade, ostensibilidade e estabilidade – e num segundo momento aferir se o

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A proteção de natureza cautelar aos direitos dos conviventes. *Revista Trimestral de Processo*, São Paulo, n. 113, ano 29, p. 213-223, jan./fev. 2004.

⁷⁸ Art. 1723 “[...]”

Parágrafo 1º. A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso IV no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

⁷⁹ Utiliza-se aqui o termo companheiro em sentido amplo, para se referir de modo geral ao cônjuge, concubino e ao próprio companheiro em sentido estrito.

dever de transparência decorrente da boa-fé objetiva foi cumprido satisfazendo a lealdade entre os envolvidos. Isso porque a análise do elemento ostensibilidade por si só não comprova a boa-fé objetiva já que as relações podem ocorrer em localidades diversas.

Nesses casos, restará claro que a monogamia não foi eleita por estes indivíduos como parâmetro comportamental, tornando, no nosso entender, a tarefa do direito ainda mais fácil, pois apenas reconhecera juridicamente o modo de viver eleito pelos indivíduos, os quais não podem ficar marginalizados no paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto o pluralismo – a admissão, respeito e proteção de projetos de vida distintos daqueles considerados como padrão pela maioria da sociedade.⁸⁰

A corroborar o entendimento ora esposado, algumas decisões do Tribunal de Justiça o Rio Grande do Sul⁸¹ começam a despontar neste horizonte ainda nebuloso e pouco explorado pela doutrina.

O TJRS admitiu a duplicidade de união afetiva, diante da circunstância de que um indivíduo mantinha concomitantemente um casamento e uma união estável ou concubinato - já que, a rigor, a legislação não reconhece a união estável no caso de pessoas casadas, exceto quando já há a separação de fato ou judicial – atribuindo à concubina 25% (vinte e cinco por cento) dos bens adquiridos na constância do concubinato.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, encontra-se um precedente extremamente eloquente que consiste no REsp nº 742.685, julgado em 04.08.2005, de relatoria do Ministro

⁸⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 96.

José Arnaldo da Fonseca, que assim de posiciona sobre o tema:

Ante uma situação de fato dessa ordem, que perdurou por três décadas e de que se extrai o reconhecimento de efetiva *affectio societatis*, poderia o magistrado prostrar-se inerte, indiferente, apegado ao hermetismo dos textos legais, deslembado do princípio de que, na aplicação da lei, há de se atender aos fins sociais? É claro que não, máxime em se tratando de benefício meramente assistencial, sem envolver direito de herança. É certo que no caso a relação *ex vi legis* não constitui entidade familiar (Constituição Federal, art. 126, § 3º). Não menos certo que um liame duradouro, nas circunstâncias e condições em que se desenvolveu, a se pressupor com característica de aparente concubinato consentido, mitiga a repulsa e a preocupação da lei com as relações travadas fora do casamento e na sua constância.

Parece bastante claro que existirão casos em que os fatos indicarão a coexistência de duas uniões afetivas que se revestem de caráter familiar, assim a questão que se coloca é a seguinte? Nesses casos o Judiciário poderá se esquivar de tutelar essas relações?

A então desembargadora do TJRS Maria Berenice Dias, em diversos julgamentos⁸², teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, pautando-se sempre pela divisão ou tripartição do patrimônio amealhado na constância de união afetiva dúplice, reconhecendo a possibilidade das duas uniões terem o caráter familiar.

Assim, para se decidir acerca da atribuição ou não de efeitos jurídicos nos casos em

⁸¹ Apelação cível. 1) União estável paralela a outra união estável. Reconhecimento. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2) Ressarcimento de danos materiais e extrapatrimoniais. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria. (Segredo de Justiça) Apelação parcialmente provida (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 8ª CC. Apelação cível n. 70012696068. Relator Des. José Ataídes Siqueira Trindade, 06 out. 2005).

Apelação. União dúplice. União estável. Prova. Meação. “Triação”. Sucessão. Prova do período de união e união dúplice. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante a outra união estável também vivida pelo *de cujus*. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Meação (Triação) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o *de cujus*. Meação que se transmuda em *ζtriaçãoζ*, pela duplicidade de uniões. Deram provimento à Apelação. Por maioria. (Segredo de Justiça) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 8ª CC. Apelação cível n. 70011258605. Relator Des. Rui Portanova, 25 ago. 2005).

Apelação. Casamento e concubinato. União dúplice. Efeitos. Notório estado de união estável do *de cujus* com a apelada, enquanto casado com a apelante. De se reconhecer o pretendido direito ao pensionamento junto ao IPERGS. Negaram provimento. Por maioria (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 8ª CC. Apelação cível n. 70006936900. Relator Des. Rui Portanova, 13 nov. 2003).

⁸² União estável. Reconhecimento. Duplicidade de células familiares. O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja “digna” de reconhecimento judicial. Dessa forma, havendo duplicidade de uniões estáveis, cabível a partição do patrimônio amealhado na concomitância das duas relações. Negado provimento ao apelo. (Segredo de Justiça) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 7ª CC. Apelação cível n. 70010787398. Relator Desa. Maria Berenice Dias. *DJ*, 27 abr. 2005).

que se revele a coexistência de mais de uma união afetiva, será necessária ampla produção de provas, para se verificar a natureza das relações afetivas, a contribuição de cada parceiro, a boa-fé dos envolvidos, entre outros elementos.

3.6 Namoro

O relacionamento afetivo, inegavelmente, tem caráter múltiplo. Em muitos casos, embora presentes de forma ostensiva vários elementos que inicialmente poderiam sugerir e indicar um relacionamento afetivo caracterizado como união estável, a relação não ultrapassa a seara do mero namoro.

Os denominados contratos de namoro, ou qualquer instrumento, independentemente da nomenclatura que possam assumir, que têm sido utilizados pelos indivíduos que mantêm uma união estável, mas que pretendem com sua celebração afastar os efeitos patrimoniais da união não são objeto do presente trabalho, até porque estes contratos não podem produzir efeitos, já que têm por único objetivo dissimular uma situação fática para evitar futura divisão de bens. Quando não é possível identificar também de forma clara os seguintes aspectos:

- o *animus* de constituir família;
- o comprometimento mútuo ou projetos comuns de vida;
- ajuda e colaboração financeira recíproca;

Esses aspectos configuram, de certa forma, a essência de toda e qualquer relação entre duas pessoas, que pretendam se unir para compartilhar uma vida a dois, como se casados fossem, como prescreve o art. 1.723 do Código Civil⁸³, restará evidenciada a existência de simples namoro e não união estável, ainda que o casal mantenha um relacionamento afetivo duradouro, contínuo e público.

Tratar-se-á de mero namoro, quando na constância do relacionamento amoroso, o par não tenha por objetivo a constituição de uma família, bem como permanecem administrando separadamente suas vidas (vida financeira, planos, etc), embora possam desfrutar juntos de um relacionamento afetivo intenso e duradouro, reconhecido pelos familiares e amigos, lembrando que a inexistência de vida comum sob o mesmo teto e a ausência de fidelidade não

⁸³ “Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituição de família”.

são, por si só, impeditivos para o reconhecimento da união estável.

A subjetividade dos requisitos que definem a união estável – convivência duradoura, pública e contínua – pode favorecer a equivocada interpretação de que qualquer namoro possa ser identificado como união estável. A diferença entre esta e o namoro não deixa ser tênue e sutil, pois estes também podem ser longos, públicos e continuados, com convivência íntima e até com aquisição de bens em preparação ao casamento ou à união estável. O principal requisito diferenciador a ser cuidadosamente aferido é o objetivo de constituir família, que possibilitará a distinção entre as duas modalidades de convivência.⁸⁴

O emprego da terminologia – objetivo de constituir família – deve transmitir ao destinatário da mensagem um patrimônio de valores, emoções, sensações, alusões, que compõem um quadro de referências importante.⁸⁵

A fim de se evitar a banalização do instituto da união estável, principalmente após as inúmeras demandas levadas ao Poder Judiciário, logo após a edição da Lei nº 9.278/96, que veio a regulamentar o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição da República, a união estável só deve ser reconhecida em situações em que estejam palpantes as provas de sua caracterização, nunca em situações dúbias, contraditórias, em que a prova se mostre dividida, do contrário não se prestigiará o afeto, a realização espontânea do amor e sim a proliferação do medo, que tem levado as pessoas a se resguardarem equivocadamente sob o manto dos contratos de namoro.⁸⁶

A celebração dos denominados contratos de namoro, como dissemos, é ineficaz, quando utilizado para mascarar a existência da união estável e, conseqüentemente, evitar a divisão patrimonial em caso de ruptura da relação.

Nesse sentido, interessante decisão proferida pelo juiz titular da Vara de Registros Públicos de Belo Horizonte que, ao julgar o processo de dúvida suscitado pelo tabelionato do 2º Cartório de Notas da comarca considerou ilegal o contrato celebrado entre um casal que pretendia garantir que a união afetiva existente entre os dois não gerasse comunhão

⁸⁴ GUIMARÃES, Marilene Silveira. Bem de família segundo o Novo Código Civil - análise comparativa com a Lei 8009/80. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 188.

⁸⁵ ALPA, Guido. *Introduzione allo studio critico del diritto privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994. p. 287: “L’impiego del termine famiglia no solo avvicina il fenomeno allá famiglia legittima, fondata sul matrimonio, ma nella concessione linguistica transmite al destinatario del messaggio un patrimonio di valori, emozioni, sensazioni, allusioni, che compogono un quadro di riferimenti importanti” (Tradução livre).

⁸⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 7ª CC. Apelação cível n. 70006235287. Relator Des. Maria Berenice Dias. *DJ*, 16 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

patrimonial e excluía a assistência e auxílio mútuos.⁸⁷

Repete-se para que sejam atribuídos direitos em razão do reconhecimento da formação de uma entidade familiar, não basta que se perceba a existência de uma relação de afeto entre os indivíduos, presente em um namoro sério. As consequências jurídicas, no plano pessoal e patrimonial, são relevantes e exigem evidências fáticas robustas da vida familiar de modo público, contínuo, duradouro e com o objetivo de constituir uma família.

O namoro será sempre a etapa inicial de um relacionamento entre duas pessoas que um dia poderá resultar em uma família e, como tal, deve permanecer como um relacionamento livre de implicações patrimoniais, livre de convenções, livre de interferências, no qual os indivíduos, no exercício de seu direito à liberdade e à intimidade, pautem a relação como lhes convier, para que possam, se assim o desejarem, promover o amadurecimento do afeto, do amor, do vínculo da conjugalidade, enfim deverá ser o protótipo, o embrião de um modelo familiar.

3.7 Concubinato

Em relação ao concubinato, vale a pena salientar que, da forma como está redigido o art. 1.727 do Código Civil⁸⁸, o legislador não pretendeu coibi-lo. Ao contrário, a redação do artigo deixa transparecer, como não podia deixar de ser, que esta relação gera efeitos de ordem patrimonial, embora o Código tenha se mantido silente sobre quais seriam estes efeitos.

Sustenta Reale que essa é uma forma moderna e consagrada de legislar, qual seja, a utilização dos chamados conceitos abertos, vale dizer, “de indeterminação do preceito, cuja aplicação in concreto caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente”⁸⁹.

A experiência jurisprudencial tem demonstrado que os casos de concubinato apresentam uma série infindável de peculiaridades possíveis. Tomem-se exemplos extremados. Pode-se, por exemplo, estar diante de situações em que o trio de concubino esteja perfeitamente de acordo com a vida a três. Em face dessa eventual realidade, o juiz pode determinar a divisão da meação de acordo com a prova dos autos. No outro extremo, pode-se ter exemplo de concubinato, no qual se tem de um lado o casamento e de outro, uma clara mercantilização do afeto. Nesse caso, o juiz poderia entender que não haveria patrimônio a

⁸⁷ Juiz declara ilegal “contrato de desunião”. Belo Horizonte, 10 set. 2003. Disponível em: <<http://www.oabmg.org.br/document.asp?item=2331&cód=>>>. Acesso em: 12 maio 2007.

⁸⁸ “Art. 1727. As relações não eventuais entre homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

⁸⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59.

partilhar.

Em suma, o novo Código quanto ao Concubinato:

- a) diferente do que acontecia no Código Civil antigo, reconheceu a existência de uma realidade que tem aportado nos Tribunais;
- b) não previu especificamente os efeitos dessa união, mas, atento a uma de suas diretrizes fundamentais, deixou para o juiz decidir em cada caso concreto os efeitos que entender.

No intuito de lançar luz sobre o imbróglio perpetuado pela legislação e pela doutrina, há autores que propõem uma diferenciação entre o concubinato e a união livre. A união livre corresponderia ao vínculo de conjugalidade com intuito familiar, estabelecido entre indivíduos de sexos diferentes que não podem casar-se, nem constituir união estável. A distinção entre concubinato e união livre fundar-se-ia no *affectio maritalis*, ausente na relação concubinária.⁹⁰

3.8 A família no Estado Democrático de Direito

O direito de família contemporâneo tem esculpido a família como local de realização da felicidade de seus membros. É a denominada família eudemonista⁹¹. Mas será que essa ideia de família é suficiente? Cabe indagar, na contramão de grande parte da doutrina, se realmente a conclamada busca da felicidade individual não seria uma visão egocêntrica e não solidária de família.

A família, conforme abordado neste trabalho, há de ser mais que apenas um ambiente propício à realização individual. Família é instrumento de fomento e capacitação de realizações pessoais, mas tais realizações se darão muitas vezes após debates, discussões, desentendimentos, angústias e frustrações.

Viver em família é antes de tudo ocupar-se dos demais membros, é buscar na generosidade, no desprendimento formas de ajudar e cooperar para a realização dos interesses comuns, da construção do afeto, da criação de educação dos filhos e, conseqüentemente, na busca da promoção da dignidade de cada qual.

⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*, v. 3, *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3. p. 137.

⁹¹ Eudemonista: termo que indica a busca de uma vida feliz, seja no âmbito individual seja no coletivo.

Segundo Facchin, o modelo democrático traz consigo a família plural, isonômica e eudemonista em contraposição àquela singular, hierárquica, transpessoal⁹², estratificada, mas é o nosso ordenamento jurídico harmônico a este modelo?

Nessa nova família, segundo Vilela, impera a preocupação com a felicidade individual de seus membros, a plena realização da pessoa⁹³ e a promoção da dignidade humana é o vértice de todo o ordenamento constitucional.

Certo é que a CR/88 consagrou a família plural e redimensionou de certa forma a posição individual de cada um no ambiente familiar. O reconhecimento expresso de novos arranjos familiares pela Constituição da República e pelo legislador infraconstitucional é salutar, mas de certo não ampara outros arranjos igualmente relevantes do ponto de vista social e psicológico.

Ainda que se ultrapasse a discussão acerca da exaustividade ou não dos núcleos familiares apontados no art. 226, §3 e 4 da CR/88 não conseguimos vislumbrar um horizonte verdadeiramente inclusivo e promocional de algumas formas de família.

Deve restar claro que a família deixou de ser um núcleo essencialmente econômico e de reprodução para ser o espaço de livre expressão da solidariedade, da cooperação, no qual se busca a realização de relações afetivas, mas em que o sexo não é elemento e premissa para formação deste núcleo.

Nesse sentido, não só as uniões homoafetivas, mas também quaisquer uniões, nas quais o elemento ou atividade sexual sequer existe, como ocorre na união entre dois irmãos ou duas irmãs que compartilham uma vida juntos causam interesse neste trabalho.⁹⁴

Isto implica dizer que a família se formará pelos elos de cooperação, solidariedade e se possível pelo afeto e não pela afinidade sexual entre os parceiros. A família no modelo democrático deve ser reconhecida e protegida pela comunhão de vida que encerra. Comunhão econômica, afetiva, de entrega, de disposição, de cuidado e respeito mútuo, de distribuição de tarefas, de solidariedade entre seus membros.

Ao reconhecer a família monoparental o legislador, em breve momento de lucidez, afastou o sexo como elemento essencial da formação da família, mas o cochilo do legislador

⁹² FACHIN, Luiz Edson. O outro ninho: mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. *Revista Jurídica Del Rey*. Belo Horizonte, n. 7, jul./dez.1999, p12.

⁹³ VILLELA, João Batista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 71-72.

⁹⁴ Trata-se dessas uniões como família anaparental.

quanto as demais formas de família não fundadas no afeto sexual é evidente.⁹⁵

Está a família atual em crise? Pode-se falar em decadência da família? Esclarece-se que crise existe, mas crise no sentido de ruptura de modelos, de quebra de paradigmas de superação de esquemas estanques. A busca da felicidade individual pode rejeitar modelos excessivamente rígidos e normativos, mas o centro da existência ainda é o lar, lugar de abrigo, proteção e sonhos. O lar será a morada família, ainda que este lar seja também plural.⁹⁶

Se a família está em crise, há um caminho para seu restabelecimento, caminho que certamente deve colocar o indivíduo, segundo Villela, como seu centro, lembrando que, nas sociedades que evoluíram, a transformação das regras de conduta segue uma constante: passa do caráter estatutário para o contratual; isto é, de um regime outorgado por um consentido.⁹⁷

De toda sorte, entende-se que a família deve ser encarada como a comunidade de vida material e afetiva entre seus integrantes, união de esforços para o desenvolvimento de atividades materiais e sociais, convivência que promove mútua companhia, apoio moral e psicológico, na busca do melhor desenvolvimento pessoal de seus membros, garantindo, assim, autodeterminação e a felicidade de cada um.

A ideia de família baseada na possibilidade de procriação e na assistência à procriação da prole é ultrapassada, mas a noção da família como núcleo de supremacia do interesse individual também parece não resolver a questão, pois coloca em xeque o funcionamento da engrenagem familiar que é composta por renúncias, e, sobretudo, muito esforço e comprometimento com os anseios e projetos comuns.

A existência da família é essencial ao processo de desenvolvimento psíquico do indivíduo⁹⁸, é um complexo espaço relacional e afetivo, *locus* primeiro de transmissão da cultura. No entanto, a própria evolução da cultura, de geração a geração, transforma e reconstrói a própria família.

Na constituição de família está implícito o desejo dos indivíduos de compartilharem a mesma vida, dividindo as tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a

⁹⁵ Interessante apontar que a lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – estabelece no art. 5, parágrafo único que: “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

⁹⁶ Medina assevera ainda que devem ser considerados como família os núcleos unipessoais, as denominadas opções *single* que merecem o tratamento de família ainda que haja imprevisão ontológica quanto à linguagem. (MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires. Rubinzal. 2010.p. 235).

⁹⁷ VILLELA, João Batista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.83-84.

⁹⁸ LACAN, Jacques. *Os complexos familiares na formação do indivíduo*. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguar Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

riqueza, enfim, formarem um novo organismo distinto de suas individualidades⁹⁹.

Nesse diapasão, parece-nos que a Constituição de 1988 tem sido mal interpretada. A leitura acurada do art. 226 revela que a proteção da família se dará como meio para realização da personalidade de seus membros.¹⁰⁰ Por sua vez, no seio da família que se afirmará, em primeira instância, a dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, da isonomia, da solidariedade, da integridade psicofísica e da liberdade.¹⁰¹

Nesse sentido, Tepedino afirma que no exame dos arts. 226 a 230 da Constituição se verifica que o centro da tutela constitucional não é mais a família como instituição, e sim o indivíduo, na medida em que deve ser promovida a tutela funcionalizada da dignidade dos membros da família.¹⁰²

Na contemporaneidade, a pessoa se apresenta como núcleo de irradiação de direitos, em torno da qual gravita toda a articulação do sistema, tanto na ordem privada, como na ordem constitucional, produzindo, assim, um enlace entre o Direito Privado e o Direito Constitucional.

Ao analisar o tema, pondera Lorenzetti: “o homem não pode ser o único e excludente ponto de referência da lei, já que isso poderia conduzir a um individualismo exagerado ou uma desconsideração prejudicial de outros bens”¹⁰³.

Com efeito, a proteção excessiva do indivíduo, considerando-se apenas preponderantemente o interesse individual, contrapõe-se firmemente ao interesse da instituição familiar, o núcleo da proteção há de ser a dignidade da pessoa humana e não o interesse individual por si só.

Trata-se, na realidade, de um momento de reconstrução da família e do próprio direito de família, que pressupõe uma releitura de seus institutos pelos princípios constitucionais da dignidade, da isonomia, da liberdade, enfim da proteção da pessoa humana, que deverá exigir dos intérpretes um renovado processo hermenêutico, na medida em que o tratamento dogmático tradicionalmente adotado mostra-se incompatível e insuficiente, diante das inúmeras situações jurídicas existenciais, que hoje se revelam no âmbito do direito de

⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo, uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 158.

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 203.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A união de pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 85-93, 2000.

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 349.

¹⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado. Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 153.

família.¹⁰⁴

Os modelos de família previstos no art. 226 da Constituição da República são meramente exemplificativos. Haverá família onde houver pessoas unidas e concatenadas para a concretização de sonhos, aspirações e objetivos, apoiando-se mútua e incondicionalmente, seja material ou psicologicamente na realização de uma vida comum, num ambiente de desejável afeto.

Como bem diz Veloso, ao comentar o art. 226 da CR, “num único dispositivo o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito”.¹⁰⁵ Prossegue o autor, afirmando que restou o afeto inserido no âmbito de proteção do sistema jurídico, embora tenha o constituinte citado expressamente as hipóteses mais frequentes – as uniões estáveis entre um homem e uma mulher e a comunidade de qualquer dos pais com seus filhos – não excluiu do conceito de entidade familiar outras estruturas que têm como ponto de identificação o enlaçamento afetivo.

Mas será o enlace afetivo o elemento fundamental na constituição da família? Seriam as uniões pautadas em interesses outros que não a concretização de uma vida afetiva conjunta também família? Ousa-se dizer que a entidade familiar poderá se formar ou subsistir ainda que ausente o envolvimento afetivo; isto é, uniões que podem ter se constituído por interesses econômicos ou sociais, arranjos pautados na conveniência, eleito pelas partes com o intuito de lhes trazer certo conforto seja de natureza econômica, social ou até mesmo psicológica, que não se centram no afeto, mas promovem a dignidade de seus membros. E ainda há casos em que o afeto um dia existiu, mas foi substituído por outro sentimento ou mesmo desapareceu da relação que ainda perdura. Nesses casos, a família não se desconstituirá pelo fim do afeto, sua desconstituição se dará apenas e tão somente se esta for a vontade das partes.

A busca do afeto, de forma geral, será uma presença constante e consistente do indivíduo, mas o afeto é prescindível, é elemento subjetivo e imensurável, ideal valorativo da família. Por isso, parece temerário exigir o afeto como requisito familiar, seja na constituição da entidade familiar, seja também na relação entre pais e filhos.

Talvez o elemento mensurável ou objetivo caracterizador da família seja o cooperativismo, a ajuda mútua, a busca por ideais comuns, ou apenas a necessidade de estar junto a alguém, uma necessidade inerente à natureza humana, gregária. A família é

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 332.

“A profunda desconexão entre o público e privado apresenta dois problemas básicos no Direito Privado:

- a primeira, revela a insuficiência da proteção da pessoa como único objetivo do Direito Privado, e como isso pode terminar prejudicando-a;
- o segundo, adverte sob bens públicos, que se vêem desfavorecidos pelo individualismo exacerbado”.

instrumento para satisfação pessoal de seus membros, para a promoção da dignidade da pessoa humana, assim é reunião para facilitar ou possibilitar a realização de interesses, a concretização de necessidades.

O direito de família depois de ficar aprisionado no paradigma liberal centrado no sujeito proprietário corre o risco de novamente aprisionar-se a ideais subjetivos¹⁰⁶, valorativos, muitas vezes entendidos como verdadeiros princípios. É o que ocorre com o afeto, elevado à categoria de princípio por renomados autores.

O *caput* do art. 226 da CR é, para Dias,¹⁰⁷ cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade ou núcleo que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. Assim, da mesma forma como não há como deixar de reconhecer que a comunidade dos filhos que sobreviveram aos pais ou os avós que vivem com os netos constituem um grupo familiar, não é possível negar a condição família às uniões de pessoas do mesmo sexo.¹⁰⁸

De acordo com Tepedino, para que se possa denominar um grupo de pessoas de família, faz-se necessária a presença de, ao menos, dois requisitos: (i) afetividade e (ii) estabilidade.¹⁰⁹

No mesmo sentido, afirma Lobo, para quem qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade é uma entidade familiar merecedora da proteção conferida pelo art. 226 da CR.¹¹⁰

Certo é que o vocábulo família remete à ideia de refúgio, de aconchego, de alento, de proteção e, sobretudo, de amor. É a família a principal referência do indivíduo na sociedade, é a noção primeira do sentimento de “pertença”, vital para o desenvolvimento da realização da pessoa humana.

A família, segundo Cogliolo, deve oferecer ao indivíduo um bem estar que noutra parte ele dificilmente encontra, é um asilo de paz e de conforto que o alenta nos conflitos sociais, intelectuais e psicológicos da vida. Ainda que, em alguns períodos da história sob a

¹⁰⁵ VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Cejup, 1997.

¹⁰⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional da Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 14.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 59.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 13-14.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 341.

¹¹⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV: Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Anais ...* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 505.

forte influência de fenômenos sociais, a família tenha sido seriamente ameaçada, por gerar absurdas obrigações morais e econômicas, ela triunfou¹¹¹. Essa visão parece romântica e idealizada, mas concorda-se com o autor que os séculos transcorrem e a família continua como instituição primordial da sociedade como refúgio e alento.

O que se espera é que a família evolua cada vez mais, já que deveria ser *locus* do equilíbrio, idealizado pelos sentimentos de amor e pelo afeto, que substituem o rigor do Direito, capazes de temperar o individualismo e o patrimonialismo dominantes no nosso sistema. A família, apesar de ser composta também de episódios, de ódio, fúria, insatisfações e frustrações, reflete a parte menos corrompida do homem, lugar onde pulsam seus desejos e sentimentos mais suaves e puros.

Nos dias atuais, não há como manter o Direito de Família estratificado como protetor apenas das entidades familiares tipificadas, detentoras de patrimônio e estabilidade doméstica, sem que se privilegie qualquer conteúdo ético e humanista, já que a família exprime uma função instrumental para a realização dos interesses existenciais de seus membros.¹¹²

Por essa razão, o *status* de estar inserido no âmago de uma família é essencial, embora pareça contraditório à própria realização do Estado, eis que esta inserção familiar realiza a cidadania em sua forma mais pura, conferindo ao indivíduo orgulho e serenidade. A família é o *locus* primordial do aprendizado também do exercício desta cidadania.

Como assevera Hironaka, mudam os costumes, os homens, a sociedade; apenas uma verdade não se altera: a necessidade do indivíduo de estar inserido no seio de uma família, uma aspiração insubstituível por qualquer outra forma de convivência social,¹¹³ razão também pela qual defendemos a ampla possibilidade de qualquer indivíduo optar pela forma familiar que melhor lhe convenha e lhe satisfaça pessoal e socialmente.

O conceito de família hoje decorre das seguintes colocações: família para a promoção do indivíduo, família sem necessário casamento. Em todos os lares onde houver pessoas ligadas seja por laços de sangue ou não, mas unidas com o intuito cooperativista, pela solidariedade, vezes pelo afeto, pelo plano de concretização das aspirações de cada uma delas e daquele núcleo como um todo, concatenadas e organizadas econômico e psicologicamente, haverá uma família.

¹¹¹ COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.p. 213.

¹¹² PERLINGIERI, Pietro. PERLINGIERI, Pietro. *Fonti normative e interpretazione*. In: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto privato futuro*. Nápoles: ESI, 1993. p. 73-86.

¹¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, , Porto Alegre, v. I,1999. p. 63-70.

Assim, se a legislação mostra-se insensível e alheia às novas formas de constituição da família, haverá um desprestígio da codificação e não se realizarão neste Estado os princípios fundamentais, já que “os fatos e relações familiares não suportam o encarceramento, pois se formam a partir de fenômenos infinitamente humanos, como o amor, o afeto e a solidariedade”¹¹⁴.

Por outro giro, ainda que a legislação não trate de todas as entidades familiares possíveis, isso não implica, como já foi salientado neste trabalho, ilegitimidade destas entidades; ao contrário, sua legitimidade se assentará nos princípios e valores constitucionais, considerando que no Estado Democrático de Direito, os cidadãos devem construir o seu próprio modelo de democracia social e econômica. Essa democracia não se resume em um conceito liberal do direito de voto, pressupõe que o cidadão exerça sua voz através da comunicação discursiva, o Estado Democrático de Direito não oferece um modelo de Constituição pronto.¹¹⁵

Ao abordar a formação da família contemporânea, assim se pronuncia Perlingieri: “O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar”¹¹⁶.

¹¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; CUNHA, Rodrigo Pereira da. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 236.

¹¹⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A nova democracia e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Faculdade Izabela Hendrix*, Belo Horizonte, v. 5, 2001. p. 153.

¹¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 244.

4 A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

4.1 Introdução

A sexualidade é um elemento da própria natureza humana. Tolher a liberdade sexual, o direito ao livre exercício da sexualidade é restringir o próprio gênero humano que não se realiza por faltar-lhe a liberdade, direito fundamental.^{117 118 119}

Inegável que o tratamento jurídico concedido à união homoafetiva reflete o preconceito acerca da liberdade sexual que provavelmente tem cunho religioso¹²⁰ haja vista que a religião limitava o exercício da sexualidade¹²¹ e cultuava a necessidade de procriação.¹²²

A sexualidade é inerente ao ser humano desde o seu nascimento e vai se construindo na subjetividade da criança, que se apoia inicialmente em uma função de conservação da vida e dela vai se destacando à medida que busca uma satisfação que excede a função instintiva, atingindo seu ponto máximo na fase adulta.¹²³

O estudo aqui se centra na união homossexual, considerando que as uniões com indivíduos transexuais oferecem uma problemática diversa exatamente porque encerram uma alteração de identidade.

No presente trabalho que tem como enfoque a união formada por pessoas do mesmo sexo, devemos precisar qual é o termo a ser utilizado, assim como conhecer as demais terminologias já empregadas para designar pessoas que preferem sexual e emocionalmente

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.33.

¹¹⁸ A sexualidade humana compreende três fatores inter-relacionados chamados de fatores psicosssexuais: identidade sexual, identidade de gênero e comportamento sexual, fatores que afetam o crescimento e o desenvolvimento da personalidade humana. A identidade sexual compreende as características sexuais biológicas do ser humano, que se desenvolvendo de forma normal, não deixa dúvidas ao indivíduo quanto ao seu sexo. Identidade de gênero por sua vez, esta relacionada ao sentimento do indivíduo no que tange à sua masculinidade ou feminilidade. O comportamento sexual relaciona-se com as respostas sexuais, decorrentes da estimulação sexual do sexo em si, durante a vivência do ser humano. Para Freud, os interesses e atividades sexuais se acham presentes na criança em quase todas as idades desde o começo da vida, e a sexualidade do adulto é consequência da sexualidade desenvolvida na infância.

¹¹⁹ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu e outros trabalhos*. São Paulo: Imago. 2009.p. 183.

¹²⁰ BÍBLIA SAGRADA. *Antigo e Novo Testamento*. Traduzido por: Padre Antonio Pereira de Figueiredo Difusão Cultural do Livro. São Paulo: Paulinas, 1998. p. 356.

¹²¹ FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu e outros trabalhos*. São Paulo: Imago. 2009.p. 183.

¹²² A sexualidade hoje é compreendida não simplesmente como uma função que serve aos fins da procriação é algo mais independente, caracteriza-se pela atração sexual e sentimental pelas pessoas do mesmo sexo. De maneira geral, o homossexual sente indiferença pelas pessoas do sexo oposto, e não se pode afirmar se esta atração pelo sexo semelhante é inata ou adquirida.

¹²³ Difere o homossexual do transexual, para este, a inversão não é do instinto sexual, mas da própria identidade sexual, o que o faz sentir que pertence a outro sexo. Entre os indivíduos de orientação homossexual há uma fascinação com os atributos do próprio sexo, enquanto os do sexo contrário parecem indiferentes ou pouco atrativos. Já o indivíduo transexual sente uma fascinação tão absoluta pelos atributos do sexo contrário que chega a identificar-se com este, desvalorizando os atributos do seu próprio sexo. BRANLARD, Jean Paul. *Lê sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*. Paris: LexNexis. 1993.p. 473.

outras do mesmo sexo.

Inicialmente, vale lembrar a palavra “pederasta”, herdada do grego (*paiderastês, -oû*), que significa o relacionamento erótico entre um homem e um menino. Por extensão de sentido, foi empregada para designar todo tipo de relação homossexual masculina. Hoje esse termo tem significado pejorativo. As relações entre pessoas do mesmo sexo também já foram conhecidas como sodomia, eufemismo utilizado para significar sexo anal e por extensão homossexualidade¹²⁴. Segundo os cronistas bíblicos, em Sodoma esta era uma prática pela qual Deus decidiu reduzir a cidade a cinzas.¹²⁵

O vocábulo homossexual tem origem etimológica híbrida, pois é formado pela junção do prefixo grego *homo* ou *homoe* que manifesta a ideia de semelhança e pelo sufixo de origem latina *sexu* que significa relativo ao sexo, exprimindo a sexualidade exercida entre pessoas do mesmo sexo.¹²⁶

O termo homossexualismo foi largamente utilizado, porém o sufixo “ismo”, que é utilizado para identificar doenças,¹²⁷ foi afastado e substituído pelo sufixo “dade”, que significa modo de ser, etimologia utilizada até os dias do hoje.

O homossexualismo, no transcorrer da história, já foi entendido como delito, como pecado¹²⁸, como enfermidade e, apenas em 1981, a Organização Mundial da Saúde o desclassifica como doença. Hoje se diz condição sexual e a CR/88 pauta-se pela pluralidade, pela inclusão, pela isonomia, pela igualdade, pela não discriminação. Todavia, a aceitação social e jurídica desta condição ainda não é plena. Embora a condenação e marginalização da família homoafetiva tenha origem religiosa, este modo de ser no mundo afetivo ainda não foi laicizado.¹²⁹

Além dos problemas sociais que ora escapam ao objetivo deste trabalho, resta indagar se estes indivíduos numa sociedade democrática que se diz inclusiva poderá exercer

¹²⁴MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires. Rubinzal. 2010. p 235.

¹²⁵ O termo provém de Sodoma, cidade bíblica na planície do Rio Jordão, nas proximidades do mar morto, que fora destruída por Deus juntamente com Gomorra, em função dos pecados cometidos pelos que ali habitavam.

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Amor proibido*. Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

¹²⁷ Em 1985, deixou de constar do art. 302 do Código Internacional de Doenças- CID – como uma doença mental. (DIAS, Maria Berenice. *Amor proibido*. Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

¹²⁸ BÍBLIA SAGRADA. *Antigo e Novo Testamento*. Traduzido por: Padre Antonio Pereira de Figueiredo Difusão Cultural do Livro. São Paulo: Paulinas, 1998. p. 356. Uniões Abomináveis: 18: 22 “Com homem não te deitarás, como se fosse abominação” e 20:13 Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse sua mulher, ambos praticaram cousa abominável, serão mortos; o seu sangue cairá sobre eles.”

¹²⁹ WELTER, *Teoria Tridimensional do Direito da Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 196.

sua opção de forma irrestrita a fim de possibilitar-lhes iguais oportunidades e direitos na construção de sua personalidade e na promoção de sua dignidade e também a construção de sua família.

A rejeição da aceitação da família homoafetiva causa a objetivação humana por negar o direito à tridimensionalidade humana, genética, (des)afetiva e ontológica.^{130 131} A homoafetividade é uma forma de ser-no-mundo afetivo portanto inegável seu caráter familiar a ser reconhecido juridicamente. Não podemos nos olvidar que existem varias condições de ser-em-família como já apontamos nesse trabalho: conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída, homoafetiva.

Não se pode negar que a realidade do mundo, a história atual, é de que a homoafetividade está presente em milhares de vidas, e conseqüentemente em milhares de lares, em que milhares de indivíduos compartilham e desvelam seus sonhos e desejos em família, inclusive sonhos de filiação já realizados através da adoção e da inseminação artificial.

Isso revela que a homoafetividade representa uma classe de indivíduos que o Estado Democrático de Direito tem a missão de também promover, já que a CR/88 não tem a função de expressar e promover a existência de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão, muito ao contrário; deve garantir pela carta de direitos fundamentais a convivência e promoção entre sujeitos de interesses diversos e virtualmente em conflito.¹³²

Nesse papel, a hermenêutica constitucional indica apenas um caminho: o viés da inclusão do multiculturalismo com o objetivo de fazer com que a realidade da trajetória da vida dos indivíduos esteja sob o manto da proteção do Estado. Enxergar e outorgar iguais oportunidades e direitos a indivíduos que representam diversas matizes deve ser o desafio do Estado plural. Não há de fato regime democrático quando é exigido que todos os interesses e valores sejam aceitos como absolutos, eternos, iguais, formais; enquanto não formos capazes de conviver e promover a diversidade, os valores do outro.

¹³⁰ Pela linguagem heideggeriana, o ser humano tem uma abertura de caráter triplo para si, para os outros e para as coisas. Aplicando esse pensamento ao Direito de família, pode ser dito que a compreensão do ser humano não é efetivada unicamente pelo mundo genético (das coisas. dos objetos), mas, sim, compreendido como um acontecer no mundo genético (abertura às coisas), num mundo afetivo e desafetivo (abertura – afeto – ou fechamento – desafeto – para os outros) e mundo ontológico (abertura para si). É por isso que pela hermenêutica filosófica, o ser humano deixa de ser objetificado, coisificado, porque ele perde o viés solitário, unitário, a visão monocular da normatização genética, para ser compreendido como um ser em sua totalidade, no acontecer de sua tridimensionalidade: genética, afetiva e ontológica.

¹³¹ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito da Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 196.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Disponível em: www.ucm.es/fltml. Acesso em 21 fev. 2011.

A compreensão do Direito no Estado Democrático de Direito há de ser um constante construir-se, um espiral de diálogo, discursivo e aberto aos modos de ser-no-mundo tridimensional. Não há que se exigir dos indivíduos homoafetivos que se dispam de suas individualidades para serem aceitos como iguais, haja vista que a igualdade constitucional necessariamente deve ser substancial, hermenêutica, democrática que reclama a aceitação da igualdade e da diversidade tridimensional sob pena de deflagrar tratamento preconceituoso àquele que encontrou na homoafetividade o seu jeito de ser.¹³³

4.2 Reconhecimento como união estável

Ao se tratar da união estável, a seguinte indagação foi feita: será a heterossexualidade elemento essencial à caracterização da união estável?

A resposta apressada, considerando a leitura da Constituição Federal e todas as leis infraconstitucionais regulamentadoras, é simples: a homossexualidade é fator decisivo e suficiente a desfigurar este modelo de família. E mais, para Welter¹³⁴, o art. 226, § 3 da CR/88 consagra o princípio da heteroafetividade na família que reflete a tradição histórica brasileira. Nesse compasso, união estável e casamento são edificados tão somente por homem e mulher. Para o autor, onde o constituinte originário restringiu o texto não cabe ao intérprete formular interpretação subjetiva. No entanto, surpreendentemente, o autor afirma que o texto constitucional, nesse aspecto, parece “ser preconceituoso a contrariar a principiologia constitucional de igualdade, de afetividade, de proibição de discriminação, da dignidade humana” e denota que o legislador brasileiro não tem qualquer interesse em juridicializar esse modo de ser em família. Esse posicionamento, que desconsidera qualquer atividade interpretativa e decorre da literalidade da lei, é estático, frio e insensível à realidade social.

Para se explicar a inserção da heterossexualidade como pressuposto legal na caracterização da união estável deve-se lembrar de que, embora a união estável seja antes de tudo uma união fática, sua recepção pelo direito ocorreu sob inspiração do casamento. Dessa forma, ainda que pretensamente invoque a ideia de uma família decorrente essencialmente da

¹³³ DIAS, Maria, Berenice. União homosexual: aspectos sociais e jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: editora, IBDFAM, 2000. p. 161-170. DIAS, Maria, Berenice. *Convivendo com a diversidade*. Disponível em: www.intrannet.mp.rs.gov.br. Acesso em 25 fev. 2011.

¹³⁴ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito da Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.195.

autonomia privada, foram-lhe impostos objetivos e regras próprias do casamento.¹³⁵

Dentre os objetivos destaca-se a pretensão reprodutiva a pressupor relação conjugal. O argumento não resiste, já que, considerando os avanços da ciência, a procriação não está essencialmente inserida na conjugalidade, nem mesmo na sexualidade. Demais disso, temos a adoção e a paternidade socioafetiva.

A CR/88 possibilitou uma visão pluridimensional da família consolidando a ruptura com o passado objetificado intolerante, hierarquizado e preconceituoso da família até então existente apenas se amoldurada no modelo normativo para um modo de ser em família.

Com essa linguagem, o conceito dogmático é afastado e ultrapassam-se as discussões acerca da natureza da família¹³⁶ para se compreender a família não como um comportamento, um modo de agir normatizado, mas como um movimento básico da existência humana.¹³⁷

Ao se entender a família como algo além de um modelo comportamental, um modo de agir é possível compreender que a família não se sujeitará à normatização, já que será impossível ao legislador prever todos os jeitos de ser em família.¹³⁸

Em julgado de 05 de maio de 2011¹³⁹ o STF reconhece como família, merecedora de toda a proteção do Estado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Embora a decisão represente grande avanço contra o preconceito e a maldade, não põe fim ao problema, visto que os direitos dos companheiros homossexuais devem ainda ser regulamentados pelo legislador.

Demais disso, em recentíssimo julgado o STJ¹⁴⁰ entendeu ser juridicamente possível o reconhecimento de união estável de casal homossexual, reconhecendo que não há óbice no ordenamento jurídico brasileiro para o ajuizamento de demanda com tal objetivo.

4.3 Aplicação analógica das normas referentes à união estável

¹³⁵ Citam-se aqui os impedimentos matrimoniais, do regime de bens, dos deveres dos companheiros, etc.

¹³⁶ Essas discussões são centradas na natureza jurídica do casamento – contrato, instituição, contrato- instituição, natureza *sui generis*.

¹³⁷ HEIDEGGER, Martin *apud* CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30.

¹³⁸ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito da Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.195. Para o autor, compreende-se que a família não é suscetível de normatização. Ao tentar compreender a natureza jurídica da família numa visão monocular e normatizada, o legislador sempre fracassará.

¹³⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.. 132. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 8 maio 2011.

¹⁴⁰ Resp.1.183.378/RS. Disponível em stj.gov.br. Acesso em 23.12.2011

Despida de normatividade a união afetiva constituída entre pessoas do mesmo sexo reclama a interferência do Poder Judiciário que não pode ignorar as demandas surgidas de estruturas de convívio não convencionais.

No intuito de solucionar tais litígios o Poder Judiciário tem reconhecido que o direito não regula sentimentos, mas deve definir as relações que são deflagradas pelos mais diversos arranjos vivenciais. Nesse sentido, no intuito de afastar a discriminação e garantir liberdades, o direito tem conferido à união homoafetiva, face o silêncio da lei civil, a tutela jurisdicional a partir das leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam o direito constitucional.

Assim, há a aplicação idêntica da normatividade da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados. Valem-se os julgadores do emprego da analogia a suprir a lacuna da lei e reconhecer como entidade familiar a união homoafetiva desde que presentes os requisitos essenciais à caracterização da união estável com exceção, por óbvio, da diversidade de sexos.¹⁴¹

De certa forma, é louvável a acolhida que a união homoafetiva tem recebido pelo Poder Judiciário. A proteção do Estado ao ser humano impõe o dever de compelir condutas preconceituosas, discriminatórias e estigmatizantes, em prestígio aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não discriminação, da solidariedade, dentre outros.¹⁴²

Merece aplausos a percepção de alguns julgadores que tem compreendido a família muito além de sua clássica função procriativa, como lugar da comunhão de vida e de interesses pautada na afetividade, com suporte à busca da realização pessoa de seus integrantes.

Não se olvide que exatamente para as situações que demandam pronunciamento judicial sem expressa previsão legal a legislação confere ao juiz o poder de apreciar o caso concreto se valendo da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme autoriza o art. 4.º da LICC¹⁴³.

Sobre o tema, destaca-se o pronunciamento do Desembargador do TJRS Luiz Felipe Brasil Santos, por ocasião do julgamento da Apelação Cível 70009550070, em 17 de

¹⁴¹ Resp 1026981/RJ. Relator: Min. Nancy Andrighi, julgado em 04.02.2010. DJE 23/02/2010, Resp 328.715/RS

¹⁴² Resp 1026981. “É dever do juiz emprestar efeitos adequados às relações já existentes e que estão a reclamar a manifestação do Poder Judiciário a fim de evitar a velada permissão conferida pelo silêncio da lei para práticas discriminatórias, em face do exercício do direito personalíssimo à orientação sexual. Significa dizer: a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana.”

novembro de 2004:

O tratamento analógico das uniões homossexuais como entidades familiares segue a evolução jurisprudencial iniciada em meados do séc. XIX no Direito francês, que culminou no reconhecimento da sociedade de fato nas formações familiares entre homem e mulher não vinculadas pelo casamento. À época, por igual, não havia, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, e nem no francês, nenhum dispositivo legal que permitisse afirmar que união fática entre homem e mulher constituía família, daí por que o recurso à analogia, indo a jurisprudência inspirar-se em um instituto tipicamente obrigacional como a sociedade de fato. Houve resistências inicialmente? Claro que sim, como as há agora em relação às uniões entre pessoas do mesmo sexo. O fenômeno, a meu ver, é rigorosamente o mesmo. Vejam: não estou afirmando que tais relacionamentos constituem exatamente uma união estável. O que estou dizendo é que, se é para tratar por analogia, muito mais se assemelha a uma união estável do que a uma sociedade de fato. Por quê? Porque a *affectio* que leva estas duas pessoas a viverem juntas, a partilharem os momentos bons e maus da vida é muito mais a *affectio conjugalis* do que a *affectio societatis* [...].

O que se pretende questionar é o uso proposto da analogia.¹⁴⁴ Seria o caso de se tratar de maneira semelhante realidades nuclearmente diversas? Seria a sexualidade realmente elemento essencial à caracterização da união estável?

A lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico. Ao julgador é vedado, segundo prescreve o art. 126 do CPC, eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se a integração mediante o uso da analogia a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

Adverte Streck¹⁴⁵ que “a compreensão do texto constitucional repudia um voluntarismo hermenêutico arbitrário e, portanto, constitucionalmente ilegítimo”, havendo assim limites no processo interpretativo, à discricionariedade do julgador. Assim, seria defeso ao Poder Judiciário colmatar lacuna do Poder-Constituinte sob forma de se transformar em legislador, estabelecendo a partir da subjetividade de seus integrantes aquilo que não constou da Constituição. Nesse sentido, o autor arremata aduzindo que o Constituinte restringiu de forma expressa a união estável unicamente entre homem e mulher, tendo sido categórico no sentido de inadmitir a família homoafetiva.

Ora, como vimos em algumas decisões, a união homoafetiva não é tratada ou nomeada como união estável por faltar-lhe requisito subjetivo da heterossexualidade. Por

¹⁴³ Art. 4º. “Quando a lei for omissa o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

¹⁴⁴ Segundo RAÓ, as lacunas do direito normativo, nos quatro casos seguintes se verificam: (...)2 quando a norma é totalmente omissa: a) intencionalmente, porque o problema; ao sobrevir a lei, não se achava suficientemente amadurecido para a solução; b) ou, apenas, porque a solução não foi prevista; c) ou ainda, porque a questão não chegou a ser praticamente suscitada até a superveniência da norma. (RAÓ. Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, vol I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 456-458)

outro lado, ao sustentar o uso da analogia, os tribunais propõem o afastamento da exigência deste requisito. Este quadro nos dizeres de Rodrigues é tautológico.¹⁴⁶ Ainda assim, o emprego da analogia é defendido por Lobo¹⁴⁷ que entende ser a união homoafetiva entidade familiar completamente distinta da união estável, embora ele se limite a apontar como único aspecto diferenciador a própria diversidade de sexos.

Se se compreende que a homoafetividade é uma forma de ser-no-mundo afetivo, é inegável seu caráter familiar a ser reconhecido juridicamente. Não se pode olvidar que existem várias condições de ser-em-família como já foi apontado nesse trabalho: conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída, homoafetiva.

A opção do indivíduo pela formação da família homoafetiva é única, não comporta confrontação direta com outras entidades familiares, mas sim aproximação, aproximação esta que deve considerar que a família homoafetiva representa uma classe de indivíduos que o Estado Democrático de Direito tem a missão de também promover, já que a CR/88 não tem a função de sobrelevar a existência de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão; muito ao contrário, deve garantir pela carta de direitos fundamentais a convivência e a promoção entre sujeitos de interesses diversos e virtualmente em conflito.¹⁴⁸

Talvez por suas características únicas, que denotam a necessidade de tratamento jurídico específico, Welter¹⁴⁹ afirma que não é possível acolher a união homoafetiva como se união estável fosse, vez que, segundo o autor, o texto legal restringe esse jeito de ser-em-família apenas se existente relacionamento entre homem e mulher.

4.4 Discutindo a possibilidade do casamento entre homossexuais

Num primeiro momento, a leitura do art. 1514 do Código Civil¹⁵⁰ parece esclarecer e afastar qualquer questionamento acerca da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levando-nos a concluir que o Estado Brasileiro definitivamente não admite o casamento nessas circunstâncias. Este é o entendimento majoritário da doutrina e

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade & Consenso*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 192.

¹⁴⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.. p. 231.

¹⁴⁷ LOBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 68-69.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. Disponível em: www.ucm.es/fltml. Acesso em 21 fev. 2011.

¹⁴⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito da Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.195.

¹⁵⁰ “Art. 1514. O casamento se realiza no momento em que homem e mulher manifestam perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.” (BRASIL, 2002).

jurisprudência: a diversidade de sexos é requisito essencial para a configuração do casamento, a ausência deste elemento implicaria na inexistência do ato.

Nessa perspectiva, o matrimônio realizado entre indivíduos do mesmo sexo não é casamento, é ato inexistente, incapaz de produzir efeitos no mundo jurídico. Este entendimento é justificado pela própria origem do casamento, cujo objetivo centra-se na perpetuação da espécie. Lembrando que no CC de 1916 a família era representada pelo casamento, afirma Gomes¹⁵¹ que “o direito de família organiza relações humanas que derivam do instinto de reprodução.”

A união dos cônjuges sempre foi reconhecida por seu caráter procriativo, impondo-lhes verdadeiro dever sexual a fim de se atingir a meta procriativa. A esterilidade possibilitava até o desfazimento ou anulação do casamento como já vimos neste trabalho.

Certo é que o direito canônico disciplinou o casamento pautado em três vértices fundamentais: sacralidade, indissolubilidade e procriação, e esta foi a inspiração do Código Civil de 1916. Construiu-se em torno do casamento uma doutrina jurídica pautada em valores inspirados no direito canônico. O casamento, disciplinado pelo CC de 2002, tornou-se praticamente intocável e sequer cogitava-se em rever seus pressupostos. Assim, alheio às transformações da ciência, da sociedade e do próprio direito de família, o código manteve incólume a disciplina jurídica acerca das características do casamento.

No entanto, a procriação não mais pressupõe a conjugalidade, nem a sexualidade. A filiação dissociou-se do estado civil dos pais¹⁵². Nesse novo contexto, sendo a reprodução assistida cada vez mais frequente e a adoção e a filiação extraconjugal ganharam novos contornos, parece plausível discutir a manutenção da heterossexualidade como elemento essencial do casamento. Nesse sentido, Vilela¹⁵³ expõe:

No ambiente dessacralizado e pluralista das sociedades ocidentais contemporâneas, soa inaceitável o estabelecimento de restrições de direito em razão de preferências ou inclinações sexuais. Se a isso se ajuntar a circunstância de que o casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução, para se constituir essencialmente em espaço de companheirismo e de camaradagem era natural que se definisse a demanda pelo reconhecimento legal da união entre parceiros do mesmo sexo.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 198.

¹⁵² Art. 227, §6. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias referentes a filiação. (BRASIL, 1988)

¹⁵³ VILLELA, João Batista. As novas relações da família. In: XV CONFERENCIA NACIONAL DA OAB, 1995, Foz do Iguaçu. *Anais...* São Paulo: JBA Comunicações, 1995, p. 642.

Acerca da diversidade de sexos como pressuposto para o casamento, Fachin¹⁵⁴ entende equivocada a teoria da inexistência matrimonial quando da união de pessoas do mesmo sexo por representar uma formulação preconceituosa e rígida que não mais se coaduna com a conformação do direito de família.

O núcleo familiar formado pela união homoafetiva está a merecer, para melhor salvaguardar os interesses de seus membros, em promoção da dignidade da pessoa humana, legislação específica que denote claramente a inclusão pelo Estado Brasileiro da união homoafetiva como família que de fato é. E por que não se falar em casamento? Casamento como meio de propiciar iguais oportunidades e direitos aos indivíduos que dependem da chancela estatal por meio de legislação própria para facilitar a solução de questões cotidianas, que hoje são decididas casuisticamente pelos tribunais.

Esperam os indivíduos que optam pela constituição da família homoafetiva a concretização das aspirações principiológicas propostas pelo Estado Democrático de Direito: a salvaguarda da pluralidade, a promoção da dignidade da pessoa humana, a preservação da igualdade, a não discriminação.

O casamento civil parece ainda perpetuar valores religiosos e morais, apesar de expressa previsão constitucional a declarar que o Estado Brasileiro é laico¹⁵⁵, a laicização de fato não ocorreu, o que talvez justifique a resistência em se atribuir a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A possibilidade de realização de casamento entre homossexuais pode ser sustentada pelos princípios constitucionais da igualdade, liberdade, da intimidade e da vida privada e não discriminação. Interessante notar que, no caso dos transexuais, defende-se que, após a retificação do registro civil, não se pode recusar a celebração do casamento, sob pena de atentado à liberdade sexual e à plena capacidade do indivíduo.¹⁵⁶

A união homoafetiva encontra guarida nos tribunais como entidade familiar, conforme se assinalou em diversas decisões neste estudo, portanto, se reconhecida como núcleo familiar, não cabe ao intérprete limitar a sua forma de constituição em razão do sexo dos envolvidos¹⁵⁷, tal limitação implica uma postura preconceituosa, pautada exclusivamente

¹⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renova, 2003, p. 126.

¹⁵⁵ CR/88 art. 19 – O Brasil é um estado laico.

¹⁵⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 324.

¹⁵⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.. p. 231.

em questões de cunho religioso ou ideológico que não deveriam compor o universo jurídico. Nesse sentido, Lorea¹⁵⁸ afirma:

Digamos que se pretendesse estabelecer que o casamento estivesse regrado tão somente para pessoas brancas, portanto devendo as pessoas negar aguardar uma futura regulamentação da matéria, a qual viria a definir os termos do casamento entre negros. À evidência, tal hipótese repugna a consciência jurídica. O mesmo, todavia, parece não acontecer quando a discriminação se dá por força da orientação sexual.

Forçoso concluir que, embora na prática o casamento tenha sofrido importantes transformações assumindo nova roupagem que empresta lugar de destaque ao indivíduo e a sua promoção, a disciplina jurídica não acompanhou esta evolução. O choque entre a realidade fática e o ordenamento jurídico é flagrante. A persistência em se privilegiar um modelo estanque claramente inspirado em dogmas religiosos e “*standards* sociais” revela o desrespeito ao paradigma da pluralidade consagrado pelo Estado Democrático de Direito.

As escolhas de projeto e condução de vida dos indivíduos não podem ser tolhidas no Estado Democrático de Direito que só se realiza permitindo a inclusão de projetos de vida diversos, que reflitam uma sociedade pluralista. Apenas dessa forma, concretizar-se-á sua compreensão como sociedade democrática.¹⁵⁹

Por sua vez, não há pluralismo sem diversidade e tolerância¹⁶⁰, o direito de uma sociedade democrática deve realizar, na medida do possível, o projeto de vida da maioria e concomitantemente preservar os projetos de vida alternativos.¹⁶¹

A abertura do Direito para o futuro significa que sempre estaremos aptos a resgatar o projeto moderno que vem sendo construído de maneira a atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direito¹⁶²

Como visto, para grande parte da doutrina, o Código Civil reserva o direito da

¹⁵⁸ 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*, Porto Alegre, v. 7. n. 31, p. 31-38, ago./set. 2005.

¹⁵⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 210.

¹⁶⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001. p. 160.

¹⁶¹ Para Galuppo, o projeto de vida da maioria está ligado à dimensão da facticidade, enquanto o projeto de vida da minoria conecta-se ao plano da validade. (GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 209).

¹⁶² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma reconstrução crítica discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.p. 70.

celebração do casamento a pessoas de sexo diferente.¹⁶³ Resta indagar: essa norma deve orientar o percurso da análise do enquadramento jurídico da questão? Ou seja: é o Código Civil diploma legislativo suficiente a outorgar ou não o direito de casamento às pessoas?

A Constituição da República deve ser lida sem os óculos do direito vigente, sob pena de se inverter a hierarquia das fontes de direito. Interessa determinar o que, independentemente do que prescreva o direito ordinário, a Constituição impõe e, daí, retirar as devidas consequências. E a Constituição da República define o casamento? Não, a CR/88 não recebe qualquer conceito de casamento! E mais, ainda que se admitisse que o Código Civil vedasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo¹⁶⁴, ainda sim diante da CR/88 com base nos princípios da liberdade, da igualdade, da não discriminação, do livre desenvolvimento da pessoa humana, da dignidade, defensável é o casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹⁶⁵

Defender o contrário é ler a CR/88 a partir do direito civil em vez de se inverter a ordem do exercício, em obediência à supremacia normativa da Constituição. O direito de contrair casamento é uma expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1.º, inciso III da CR/88; ou seja, os direitos fundamentais, como expressão da dignidade da pessoa humana, garantem ao indivíduo um espaço de não intervenção alheia, de não imposição de moral coletiva majoritária, ditada que lhe não permitisse esse acontecimento único que é ser-se, em liberdade, o que se é.¹⁶⁶

Assim, se a CR/88 optou por consagrar uma das vias de realização de um plano pessoal de vida através do direito fundamental ao casamento, parece óbvio que, a essa luz, o legislador ordinário não pode excluir, quanto ao casamento, uma parte significativa da população!

Por outras palavras, a partir do texto constitucional, pode-se dizer hoje que a dignidade da pessoa humana (quer em sentido estático, quer em sentido dinâmico) aponta para a garantia ao pleno e livre desenvolvimento da personalidade conforme já se assinalou nesse trabalho.

Ora, perante um quadro constitucional pluralista que consagra iguais liberdades, a necessidade de se proteger grupos de pessoas silenciados pelas suas legítimas formas de vida, deve alterar critérios históricos de interpretação, a proibir discriminações em razão de

¹⁶³ Em sentido oposto, Almeida e Rodrigues Junior. (ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 113).

¹⁶⁴ No nosso entender, a leitura do texto legal não conduz a essa vedação.

¹⁶⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.p. 113.

orientação sexual e consagrando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O legislador está obrigado a perseguir o comando constitucional da igualdade e deve fazê-lo com respeito pelo princípio da proporcionalidade. A persistir o entendimento que o Código Civil não permite aos casais homossexuais ascenderem ao casamento, estará o legislador em manifesta inconstitucionalidade por deixar a descoberto, sem fundamentação para tanto, uma categoria de pessoas. Se o legislador não confere o direito de contrair casamento aos homossexuais e, de forma avulsa, o Poder Judiciário consagra em determinados casos algumas garantias que “compensem” aquela exclusão¹⁶⁷, nesse caso há violação ao princípio da adequação, já que ao criar, sem fundamentação plausível, uma categoria à parte para os homossexuais está a perseguir da pior forma o objetivo e comando constitucional da igualdade, por, na solução provisória encontrada, mais uma vez traçar uma forma de discriminação.

A forma mais adequada de promover a igualdade entre casais homossexuais e heterossexuais é, precisamente, enquadrá-los no mesmo instituto! Então por que não se falar em casamento?

A lei e as entidades legalmente habilitadas não criam apenas direitos, deveres e poderes; conferem ainda outras qualidades, que se pode chamar de “simbólicas”. Trata-se de figuras que, para lá de direitos e deveres que possam ter associados, valem pelo seu reconhecimento social e pelas reações sociais positivas, negativas ou de mera identificação que tipicamente desencadeiam. O Estado tem o poder, por vezes exclusivo, de atribuir esses “bens simbólicos”.

O casamento civil nos termos reconhecidos pela lei atribui um estatuto simbólico que ultrapassa em muito os deveres jurídicos indicados expressamente no Código Civil e noutros diplomas. O estatuto simbólico do casamento identifica-se por uma linguagem própria, que inclui os termos que designam o ato ou a relação (“casamento”, “matrimônio”, etc.), os que qualificam as pessoas em função disso (“casado”, “solteiro”, “viúvo”, “divorciado”, “marido”, “mulher”, “cunhado”, “sogro”, etc.), a aplicabilidade aos casados de termos mais amplos com forte valor cultural (“família”, “afinidade”) e as formas negativas ou meramente «técnicas» próprias de relações exteriores ou contrárias ao casamento (“união de fato”, “adultério”,

¹⁶⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria Tridimensional do Direito da Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 176.

¹⁶⁷ Como a aplicação analógica das normas referentes à união estável para solucionar litígios como é abordado nesse trabalho.

“bigamia”, “amante”, “concubino”, etc.).¹⁶⁸

Defende o autor que esta associação simbólica atribuída pelo Estado, com a sua linguagem própria, é um “bem jurídico”. E sendo assim uma outra figura a que se atribuisse os mesmos efeitos jurídicos do casamento, com forma de constituição e extinção idênticas, mas com nome diferente, por exemplo, seria uma figura jurídica distinta, e conseqüentemente atribuiria um bem jurídico diverso. Se a lei concedesse aos casais de pessoas do mesmo sexo o acesso a tal figura jurídica, mas não ao casamento, ainda estaria a negar a esses casais um bem jurídico de grande relevância e negaria o direito a iguais liberdades. Ou seja, um casal de pessoas do mesmo sexo pode pretender a constituição da relação simbólica de casamento, num exercício de liberdade idêntico ao de um casal de pessoas de sexo diferente e essa pretensão deve ser salvaguardada pelo Estado.¹⁶⁹

Isso porque o casamento representa um estatuto social global único a que corresponde representações obtidas tão somente pelo casamento. Na elaboração do presente trabalho não se encontrou qualquer motivo constitucionalmente atendível para negar a um casal de pessoas do mesmo sexo o acesso a este “bem jurídico”. Qual seria o fundamento constitucional a sustentar a privação aos casais do mesmo sexo da linguagem positiva e das associações típicas do casamento? Não se vê justificação para recusar aos casais homossexuais este símbolo de grande relevância social.¹⁷⁰ Pelo contrário, a restrição do casamento a pessoas de sexo diferente, tal como decorre da interpretação dominante das normas do Código Civil, só é compreensível como discriminação explícita destinada a promover uma modalidade de exclusão por violação direta – e quase se diria intencional por tentar impor uma “moral coletiva dominante” – do princípio da igualdade¹⁷¹.

Trata-se da manifesta violação do disposto no artigo 226 da Cr/88 que estabelece a garantia constitucional de especial proteção do Estado à família, base da sociedade. Nessa perspectiva, a definição do casamento de modo a exigir a heterossexualidade não seria

¹⁶⁸ CORTE REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 178. Continua o autor: “A linguagem positiva própria do casamento participa de actos de reconhecimento interpessoal. Mas, o que é muito mais importante, esse estatuto simbólico e a sua linguagem própria estão intrinsecamente associados tanto na cultura popular, quanto na cultura erudita – a realidades sociais, psicológicas e afectivas de enorme relevância: o amor, o compromisso, a família e a constituição de família, a publicidade e oficialização, a coabitação e a economia comum são os mais notórios.”

¹⁶⁹ Em sentido oposto, tem-se o ponto de vista de Graciela Medina. (MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.p. 27)

¹⁷⁰ Nesse sentido, Fachin considera não haver argumentos para se negar efeitos jurídicos às associações afetivas de pessoas do mesmo sexo. (FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 126).

apriorística em função de um modelo histórico já legalmente desconforme? Não há como se defender hoje a finalidade procriativa do casamento, isso resta claro pelo próprio regime legalmente estabelecido que:

- (a) não impõe qualquer limite máximo de idade para casar;
- (b) nada obsta ao casamento de pessoas inférteis;
- (c) reconhece que a infertilidade não é fundamento de divórcio;
- (d) diz que o casamento pode ser celebrado com urgência dado o perigo de morte dos cônjuges
- (e) Entre outros.

Assim, nenhuma razão justifica que seja vedado o casamento a pessoas do mesmo sexo, nem mesmo de acordo com a própria lei ordinária, como o é o Código Civil.¹⁷²

Como diz Corte Real¹⁷³ “uma pessoa casa e, depois, é outra, é juridicamente outra. É outra a condição da sua pessoa, como é outra a situação dos seus bens”. Na sua regulação, o legislador ordinário está obrigado, não só a garantir o livre acesso a essa relação jurídica em condições de plena igualdade, mas também a observar outros parâmetros constitucionais como o sistema de direitos fundamentais considerando a promoção da dignidade da pessoa humana. Demais disso, consoante o princípio da livre comunhão de vida, a modelação sexual, nas suas mais diversas formas, matizes e acepções, é livremente feita por cada casal, no contexto e na privacidade da sua comunhão de vida.

O casamento, como já afirmado, é instrumento do exercício do direito à afirmação da identidade pessoal e ao desenvolvimento, livre e coerente, da personalidade, no respeito pela reserva de intimidade da vida privada assente no primado da dignidade humana e da liberdade. O casamento de hoje é uma relação proposta entre duas pessoas, dois afetos, duas liberdades, dois projetos de vida, muitas vezes ensaiada previamente numa experiência de

¹⁷¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.. p. 113. Para os autores, não cabe ao intérprete limitar a forma de constituição familiar em razão do sexo dos envolvidos.

¹⁷² Segundo a decisão do Tribunal Constitucional Português, Acórdão 359/2009 o artigo 1577º do CC na parte em que determina que *casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente*, priva o titular do direito previsto no artigo 36º, nº 1, segunda parte, da CRP em razão da sua orientação homossexual, o que é constitucionalmente ilegítimo (artigo 13º, nº 2). Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 27 abr. 2011.

¹⁷³ CORTE REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, Jose Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 337.

coabitação.¹⁷⁴

Nesses termos, o acesso ao casamento é um direito, liberdade e garantia, não pode ser restringido ou suprimido, senão na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. A supressão de qualquer bem constitucionalmente relevante impõe que haja um fundamento racional mínimo. Além disso, a atribuição do casamento aos casais homossexuais não altera o valor simbólico nem os deveres e obrigações dos cônjuges heterossexuais. Em sentido diametralmente oposto, Benjamim Rodrigues, voto vencido no Acórdão 121/2010¹⁷⁵ do Tribunal Constitucional Português, para o qual o

reconhecimento aos homossexuais, sob invocação dos princípios da dignidade humana, da igualdade e da privacidade, do direito de procederem legalmente à união civil das suas vidas, não autoriza a que esse tratamento tenha de passar pela apropriação do valor simbólico do casamento e do estado de casado enquanto instituição própria, segundo a sua matriz histórica, de uma união entre pessoas de sexo diferente, afetando desse jeito a imagem da instituição existente.

A diluição ou degeneração do valor social do estado de casado segundo um paradigma de diferenciação de sexos não se afigura necessária para salvaguardar os direitos fundamentais dos casais homossexuais, antes prosseguindo o intuito ilegítimo de confundir ou ocultar, à custa do valor próprio do casamento, enquanto união reconhecida entre homem e mulher, adquirido ao longo dos séculos, uma parte da realidade de facto que subjaz ao acesso a esse estado.

O princípio da igualdade, como proibição do arbítrio e da discriminação, deixa ilegítimas quaisquer diferenciações de tratamento baseadas em categorias meramente subjetivas ou em razão dessas categorias, incluindo, por óbvio a orientação sexual dos cidadãos.

O princípio da igualdade, como significante de uma “obrigação de diferenciação”, como forma de compensar as desigualdades de oportunidades é admissível, mas unicamente quando essa diferenciação, ou discriminação, é feita num sentido ou numa formulação exclusivamente positiva.¹⁷⁶ A autoidentidade que se atribui a uma sociedade pluralista só será compreendida se o direito que a interpreta reconhece que essa sociedade tem de querer mesmo que paradoxalmente realizar simultaneamente projetos de vida distintos.¹⁷⁷

Não há amparo constitucional em se impedir o acesso ao casamento em condições de

¹⁷⁴ CORTE REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, Jose Silva. *Direito da Família: Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 154.

¹⁷⁵ Acórdão 12/2010. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 20 abr. 2011.

¹⁷⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p.64.

¹⁷⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2002. p. 209.

plena igualdade a um determinado grupo de cidadãos. O acesso dos cidadãos homossexuais ao direito constitucional de contraírem casamento em condições de plena igualdade, a exemplo do que já sucedeu nos países que nos estão próximos, é uma inevitabilidade histórica decorrente de uma normal evolução social, cultural e democrática, e que se verificará mais cedo ou mais tarde.

O reconhecimento do casamento entre cidadãos do mesmo sexo significará para estes um concreto enriquecimento da sua esfera jurídica, em contrapartida do qual nenhum prejuízo ocorrerá para quem quer que seja, e nenhuma consequência advirão para os casais heterossexuais, para quem aquele direito, que lhes é já reconhecido, resultará incólume.

A ideia de que o casamento homossexual viria “suprimir” ou “desfigurar” o núcleo essencial do casamento revela um juízo de valor da homossexualidade, incluindo a ideia de que a heterossexualidade representa a situação mais “normal”, havendo algo de “anormal” na homossexualidade.

As normas que impedem o casamento entre pessoas do mesmo sexo não têm fundamento ou justificação material alguma – o direito à identidade pessoal e ao pleno desenvolvimento da personalidade, postulados pelo respeito da dignidade da pessoa humana, traduzem-se no direito dos cidadãos à sua autorrealização como pessoas, em que se compreende o direito à autodeterminação sexual, nomeadamente como direito a uma atividade sexual orientada segundo as opções de cada um dos seus titulares, o que é prejudicado pela proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo. De certa forma, esse é o entendimento da Ministra Carmen Lúcia ao proferir seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, julgada em 5.5.2011:¹⁷⁸

...Tanto não pode significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja, constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância, abrigada pelo Estado Democrático de Direito. Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

É precisamente no tratamento de situações que se inserem em categorias socialmente minoritárias ou sociologicamente desfavorecidas que o princípio constitucional da igualdade cobra a sua principal força, tutelando, sempre ou de algum modo, um direito “à diferença” ou

¹⁷⁸ Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 8 maio 2011.

“de diferença”. Nesse sentido, o princípio da igualdade não comanda que se trate de forma diferente o que «é diferente», mas sim, justamente, que se trate de forma igual o que “é diferente”.

A reserva do casamento para casais de sexo diferente justificava-se no quadro da ideia normativa de complementaridade entre os cônjuges, no âmbito de uma “sociedade diferenciada”, em que cada qual vinha a exercer um papel ditado pelo Estado, modelo que veio a ser afastado pela Constituição ao proclamar a igualdade entre os cônjuges (art. 5, inciso I). Excluídas as regras e os princípios de “complementaridade” entre os cônjuges, a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo fica destituída de fundamento constitucional. No Brasil, os cidadãos homossexuais continuam a ser apontados a dedo, humilhados, insultados e ainda tão frequentemente discriminados, sendo este fenômeno homofóbico inaceitável à luz da Constituição e a resistência em se atribuir o direito ao casamento só contribui para o fortalecimento do sentimento homofóbico.

De certa forma, as disposições dos artigos 1514 e 1517 do Código Civil exprimem juízos de inferioridade sobre o amor homossexual e sobre a qualidade das famílias constituídas por duas pessoas do mesmo sexo. Vedando o acesso ao casamento a pessoas que não sejam de “sexo diferente”, infringem o direito fundamental a contrair casamento também na sua dimensão de direito de uma pessoa a escolher com quem quer casar.

O casamento entre pessoas do mesmo sexo não retira quaisquer direitos, bens ou garantias a quaisquer outros cidadãos. A atribuição do casamento a pessoas do mesmo sexo não desfigura nem diminui a instituição do casamento nem o seu “núcleo essencial”¹⁷⁹. Pelo contrário, preserva toda a sua natureza tangível e intangível. Tal como preserva a natureza da instituição da família, inclusive como elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado, nos termos da Constituição (art. 226, §7) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A ideia de que o casamento homoafetivo levaria à crise do casamento lembra as fortes críticas que viam na permissão do divórcio a crise, ou mesmo a extinção da família, críticas que foram contraditas pela realidade, que comprovou situação inversa do suposto, ou seja, a incessante formação de ambientes verdadeiramente familiares¹⁸⁰. Talvez seja o momento adequado para se falar em crise, mas crise no sentido de superação, mudança de

¹⁷⁹ PIGNATELLI, Nicola. I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005. p. 282. (Tradução livre).

¹⁸⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 19.

paradigmas.¹⁸¹

A diversidade de sexo dos membros do casal é evidentemente alheia à prossecução do interesse público no reconhecimento do desejo de duas pessoas mutuamente assumirem um compromisso de amor, afeto, cuidado mútuo, companheirismo e cooperação. Os casais de pessoas do mesmo sexo são famílias, não há como fugir a esta realidade.

O casamento não tem, na lei, outra função que não seja a de pôr à disposição dos cônjuges um qualificativo de autoidentificação que traz associadas várias representações positivas, acrescido da atribuição por atacado de um conjunto de efeitos jurídicos comuns, a maior parte deles com uma natureza de garantia para os casos de cessação da vida em comum, garantias essas que também devem ser atribuídas aos pares homossexuais¹⁸².

O direito fundamental à proteção familiar com fulcro na dignidade da pessoa humana deve ter uma vocação contramajoritária. As liberdades e competências, fortemente ligadas à dignidade das pessoas, não têm de esperar pelo consenso social para terem plena efetividade.

O Princípio da dignidade da pessoa humana impõe a autonomia e liberdade do indivíduo, com a consequência de que, na sua assunção como sujeito, é ao indivíduo que cabe, primordialmente, a configuração e densificação do conteúdo preciso da sua dignidade. Os direitos fundamentais assim concebidos são particularmente úteis a indivíduos e grupos que não se inserem em concepções ou modos de vida conjunturalmente apoiadas por maiorias políticas, sociais ou religiosas.¹⁸³

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade reforça todos os direitos pessoais, inclusive o direito à autonomia de orientação sexual, limitando ainda a intervenção do Estado e da sociedade na esfera individual. Ao Estado (e ao Direito) cabe, por um lado, não interferir na esfera de autonomia de cada um, nomeadamente abstendo-se de emitir comandos, penalizadores de comportamentos, baseados em determinações morais e, por outro lado, identificar fenômenos sociais e institucionais como relevantes e merecedores de enquadramento jurídico, como é o caso das famílias homossexuais.

Não se tornam atendíveis, nem sequer mesmo compreensíveis, os argumentos de um legislador que, impávido e sereno perante um grupo significativo da sociedade, persiste em

¹⁸¹ FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 158-169.

¹⁸² PIGNATELLI, Nicola. I livelli europei di tutela delle copie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005. p. 282. (Tradução livre).

¹⁸³ Tribunal Constitucional Português. Acórdão 121/2010. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 15 abril 2011.

impedir-lhes o acesso ao casamento.¹⁸⁴

Na realidade não existe proteção jurídica à união homoafetiva, o que existe é o reconhecimento de certos direitos pelo Poder Judiciário em situações patológicas. Certo é que duas pessoas de sexo diferente têm dois regimes jurídicos à sua disposição – o da união estável e o do casamento –, enquanto que duas pessoas do mesmo sexo que pretendam fazer uma vida comum não contam com o ponto de vista legal de nenhum regime jurídico. Demais disso, a proteção jurídica decorrente da união estável é claramente deficitária, se comparada com a resultante do casamento.¹⁸⁵

O princípio da igualdade não tem mais uma natureza puramente negativa, como proibição de perturbações arbitrárias da igualdade jurídica, assumindo crescentemente uma dimensão positiva que se traduz na imposição de determinadas soluções legislativas.¹⁸⁶ O casamento é um bem jurídico simbólico pela vasta linguagem positiva que faculta e pelas reações emocionais, práticas e sociais que justifica. O casamento é o análogo simbólico a uma comunhão de vida.

A pretensão de que a Constituição determinaria a preservação da heterossexualidade dada a natureza institucional do casamento (civil), «com a necessidade de criação de um regime jurídico especial para os “casamentos” homossexuais omitiria inteiramente o significado normativo da evolução do instituto do casamento. Demais disso, a diferenciação daí resultante é insusceptível de justificação, à luz da generalidade dos efeitos jurídicos do casamento.

Além disso, o casamento, segundo a concepção proposta neste trabalho, não pode ser compreendido apenas como instituição, está correlato à ideia de contrato ou negócio jurídico *sui generis* e, surge como um topos argumentativo favorável à autonomia (e consequente assunção de responsabilidade) e à preponderância do indivíduo – para decidir que rumo deve tomar de sua vida, fazendo seu próprio caminho para o livre desenvolvimento da personalidade¹⁸⁷ – por oposição a instituição, que é um topos da argumentação tendente à

¹⁸⁴ PIGNATELLI, Nicola. I livelli europei di tutela delle copie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005. p. 294. Tradução livre.

¹⁸⁵ Segundo Lacruz Berdejo, o grau de proteção das diversas famílias pode ser diferente, há uma opção valorativa do constituinte em favor do casamento, podendo a constituição atribuir diferentes graus de proteção as diversas uniões familiares. (LACRUZ BERDEJO. *Familia y Constitución*. Buenos Aires: Rubinzal. 2001. p.29. (Tradução livre).

¹⁸⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010. p. 21.

¹⁸⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.p. 109.

afirmação da supremacia dos interesses (valores) supraindividuais.¹⁸⁸

Os artefatos culturais como o casamento envolvem representações sobre o que é uma vida boa¹⁸⁹, aquela em que o indivíduo experimenta a possibilidade do seu florescimento identitário-social, aí residindo também a razão de ser da garantia constitucional do casamento, fundamentada na dimensão eudemonística da dignidade. A pretensão de que a Constituição determinaria a preservação da heterossexualidade omite inteiramente o significado normativo da evolução do instituto.

Ao tratar do tema em comentários ao artigo 36 da CRP¹⁹⁰ afirmam Canotilho e Vital¹⁹¹:

[...] Todavia, o alargamento do âmbito de protecção do preceito à realidade de comunidades familiares diversas e plurais não se transfere de plano para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Seguramente que basta o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da liberdade e autonomia pessoal, a proibição de discriminação em razão da orientação homossexual, o direito ao desenvolvimento da personalidade, que lhe vai naturalmente associado, para garantir o direito individual de cada pessoa a estabelecer vida em comum com qualquer parceiro da sua escolha (cfr. anotação ao art. 13.º) (embora sempre com a limitação dos impedimentos impeditores do casamento em sentido restrito, o que leva a proibir, como é óbvio, uniões homossexuais de irmãs, irmãos, mães-filhos, pais-filhos etc. e de pessoas sem idade nupcial). Mas a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjetivamente na comunidade como instituição não permite retirar da Constituição um reconhecimento direto e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como querem alguns a partir da nova redação do art. 13.º-2), sem, todavia, proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos (como querem outros).

Cabe anotar que a Constituição portuguesa é mais favorável à intervenção do legislador no sentido de permitir o casamento homossexual na medida em que coloca a essa interpretação menos obstáculos textuais, quer porque (a) no n.º 1 do artigo 36.º se designa a

¹⁸⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010. p. 232.

¹⁸⁹ Interessante o voto da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, julgada em 5.5.2011. “Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque, como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha como certo ou válido ou legítimo. E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria de se indagar se qualquer forma de preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir, resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como “o comum”.” Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 8 maio 2011.

¹⁹⁰ Artigo 36 (Família, casamento, filiação): Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos...

titularidade do direito mediante a palavra “Todos” e não pela expressão “O homem e a mulher” que é geralmente invocada, perante outros textos constitucionais ou de direitos fundamentais como argumento a favor da heterossexualidade necessária do casamento, (b) quer, sobretudo, pela expressa previsão do n.º 2 do mesmo artigo 36.º que levou Pignatelli a afirmar que¹⁹² na realidade nem mesmo nos outros Estados europeus nos quais é dada uma abertura ao casamento as constituições definem o perfil constitutivo do instituto, devendo deduzir que o princípio da heterossexualidade não representa uma solução necessária, mas uma escolha (possível) dos legisladores.¹⁹³

Não há fundamentação jurídica a sustentar a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, de modo que esta proibição viola o princípio da igualdade, dentre outros. A ideia de negar o casamento aos homossexuais visa, sobretudo, negar-lhes uma palavra, um qualificativo, impor-lhes uma distinção.

Além disso, embora salutar o esforço dos tribunais em outorgar por via indireta direitos às uniões homoafetivas, esta solução, além de demonstrar a desigualdade de tratamento jurídico a cidadãos que se encontram na mesma situação fática, não se mostra inteligente, na medida em que atenta contra a economicidade. Isso porque não se está a falar de uma ou duas situações familiares homoafetivas, esta realidade está presente em boa parte dos lares brasileiros, que fatalmente levarão suas demandas ao Poder Judiciário. Questões corriqueiras e pacificadas, tratando-se de outros tipos de união tal como divisão patrimonial, direitos sucessórios, alimentos, etc; ocupam os nossos tribunais, enquanto a solução legal bastaria para retirar tais demandas que não fazem mais do que sufocar o Poder Judiciário.

Isso porque, conforme se defende aqui, não se descortina fundamento possível para a recusa de uma eficácia jurídico-sucessória própria da sucessão legal à união estável de duas

¹⁹¹ GOMES, Canotilho; VITAL Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4. LOCAL DA Coimbra: Ed. Coimbra, 2007, p. 362.

¹⁹² PIGNATELLI, Nicola. I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare”. *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, p. 281.(Tradução livre).

¹⁹³ Continua o autor da nota anterior: “In realtà neppure negli altri Stati europei, in cui non vi è stata un’apertura del matrimonio, le Costituzioni definiscono i profili costitutivi dell’istituto, dovendo dedursi che il principio dell’eterosessualità non rappresenta una soluzione necessaria ma, anche in questo caso, una scelta (possibile) dei legislatore, per quanto inversa rispetto all’esperienza olandese, belga e spagnola. Questa comune logica costituzionale, che presuppone un intervento normativo, trova una sua chiara esplicitazione nell’art. 36 della Costituzione portoghese, che dopo aver riconosciuto il diritto a contrarre matrimonio in piena uguaglianza dispone che «la legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento per morte o per divorzio». Inoltre neppure dalle Costituzioni in cui è sancita una tutela “speciale” per l’istituzione matrimoniale, come in Italia, in Germania, in Irlanda, può desumersi un’indicazione sulla illegittimità del coniugio omosessuale sul presupposto che tale preferenza nulla dice sul sesso dei coniugi, potendo al contrario argomentarsi, alla luce di tale favor, che lo Stato avrebbe il dovere di assecondarne la diffusione e magari l’accesso (anche agli omosessuali)”.

peçoas do mesmo sexo que partilhem as suas vidas, ou na recusa de um modelo jurídico aderente à realidade da vida em comum, tal como o que se refere a toda a classe de efeitos patrimoniais do casamento e aos regimes de bens, ou ainda, no reconhecimento de um dever de assistência característico das relações jurídico-familiares.

O fundamento para esta diferente tutela jurídica das uniões homo e heterossexuais é geral e genericamente imputado ou à tradição, ou à natureza institucional do casamento, que, repita-se, já se transfigurou na sociedade contemporânea, não correspondendo ao modelo hierárquico, patriarcal, indissolúvel, perene, sacramental, procriativo e que se sobrepõe a seus membros¹⁹⁴

Será que se deve concluir pela necessidade de criação de um novo instituto que permitisse estender às uniões homossexuais todos os efeitos jurídicos assinalados ao casamento? Ainda assim, sempre teria de ser demonstrado, a título de pressuposto necessário ao respeito à igualdade, que tal solução dualista preserve não apenas os mesmos direitos que o casamento, mas também represente a mesma simbologia, as mesmas representações pessoais e sociais. Seria essa solução convincente e necessária? Não é mais simples outorgar o direito ao casamento?

Entende-se que o casamento deve ser espaço da autonomia a preservar os objetivos dos contraentes. Nesse sentido, pautam-se pelo alargamento do espaço de liberdades pelas uniões entre indivíduos que, tendo decidido revestir-se da qualidade de cônjuges, podem, mas não são juridicamente obrigados, a viver sob o mesmo teto, que podem ou não nutrir um profundo apego emocional um pelo outro, que podem ou não apreciar-se intensamente do ponto de vista sensual, que podem ou não estabelecer um com o outro uma conexão de intimidade psicológica essencial, que podem ou não procurar em conjunto a realização pessoal e as recompensas existenciais.

Nesse sentido, mais uma vez insiste-se que deve ser afastado qualquer entendimento no sentido de que o Estado deve interferir na forma de atuação sexual dos indivíduos.¹⁹⁵ As relações sexuais sequer são essenciais ao casamento, tanto que não gera invalidade o casamento daquele que é portador de impotência instrumental, se do conhecimento do outro

¹⁹⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010. p. 117.

¹⁹⁵ Em sentido oposto, Maria Helena Diniz afirma que a legalização das relações sexuais é uma finalidade do casamento. (DINIZ, Mara Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito da família*. v. 5. 24.ed.Sao Paulo: Saraiva, 2009.p.39)

cônjuge ao casar-se.¹⁹⁶

A ordem jurídica deve se limitar a proporcionar um conjunto de efeitos jurídicos ao casamento e não buscar o significado do compromisso existencial entre duas pessoas. Essa tarefa foi algo originalmente concebido pelos canonistas e que, nessa medida, seria compreensivelmente sentido como pertença da Igreja. Tal concepção não pode encontrar guarida no laico Estado Democrático de Direito Brasileiro!

A história jurídica contemporânea mostra que o casamento (civil) encontra o seu fundamento e função unicamente no seio dos parâmetros jurídico-constitucionais positivos, não se descortinando, nesses, fundamento algum para a heterossexualidade do instituto.

De qualquer forma, entende-se que o ônus argumentativo caberia à tese da não inconstitucionalidade da proibição, principalmente se se considerar o art. 5, I da CR/88, a partir do qual se presume a inconstitucionalidade de todas as distinções legais formal ou substancialmente dependentes da orientação sexual. A proibição do casamento homossexual é um análogo perfeito da proibição do casamento entre pessoas de «raças» diferentes. Ora, se não há proibição do casamento inter-racial, a proibição do casamento homossexual não se justifica.

Em suma, as normas que implicam proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo violam:

- O princípio da dignidade da pessoa humana (1.º, III CR/88);
- O princípio da proporcionalidade e pluralidade contido na ideia de estado de direito democrático ();
- O princípio da igualdade (5.º, I CR/88);
- O princípio do pleno desenvolvimento da personalidade;
- Regime específico dos direitos, liberdades e garantias, (...).»

Chamon Junior¹⁹⁷ citando Habermas afirma que o diploma normativo vigente tem o papel de interpretar e escrever o sistema de direitos sem sua adaptação a novas circunstâncias; mas isso não impede que o próprio diploma normativo seja mutável pela via da reinterpretção como um procedimento de aprendizagem que se corrige a si mesmo.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 118.

¹⁹⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *Teoria Geral do Direito Moderno por uma reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 70.

A atualização do direito no Estado plural deve ser sempre no sentido de buscar igual reconhecimento de liberdades. Assim conclui Chamon Junior que:

estabelecer uma ordem de valores e suas relações de prioridade e hierarquia acaba por inserir-se como mantenedora de uma ainda interpretação do Direito em termos de regra/e exceção, incapaz de permitir, assim a reconstrução adequada do Direito ao seu próprio projeto moderno.¹⁹⁸

Jorge Miranda e Rui Medeiros¹⁹⁹ anotam ao já citado artigo 36º da Constituição Portuguesa o seguinte:

...a abertura da Constituição não pode deixar de valer quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio «aberto» da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico. Nessa situação, sobretudo, – em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um «pluralismo» mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir.

Para Rodrigo Pereira²⁰⁰, o direito é antes de mais nada uma operação do discurso, e a normatividade só funciona se este discurso for apropriado na forma dogmática. Entende-se por forma dogmática do discurso aquele que diz sempre a verdade. Mas isso nos remete ao impossível. O dogmatismo jurídico, portanto, fica abalado quando se desvenda que a verdade normativa é apenas uma verdade. Há outras verdades. Há a subjetividade e o sujeito do inconsciente.

Dessa forma, a ilusão de completude e de certeza do ordenamento jurídico deve ser abandonada.

4.5 Tratamento jurídico da união homoafetiva no direito comparado

Em grande parte dos países democráticos, já há alguns anos, a agenda política tem se ocupado em discutir o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, que, unidos pelo afeto, formam uma entidade familiar atípica, que, como tal, acaba por ser discriminada pelo próprio ordenamento jurídico e pela sociedade. Este é o caso de vários países como o Brasil, que

¹⁹⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *Teoria Geral do Direito Moderno por uma reconstrução Crítico-Discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 75.

¹⁹⁹ MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Ed. Coimbra. 2001. p. 345.

ainda insiste em negar aos indivíduos que formam famílias homoafetivas a promoção plena do princípio da dignidade, da igualdade, da não discriminação, a denotar uma cultura arcaica, violenta e intolerante.

Na Europa, o processo de integração tem colaborado para o progresso da discussão legislativa sobre a regulamentação dessas entidades familiares em países de forte tradição católica como a Itália, tendo o Parlamento Europeu, em 1994, convocado seus membros a adotarem provimentos legislativos aptos a evitarem qualquer tipo de discriminação e obstáculos ao casamento homossexual, bem como para garantir aos homossexuais o direito de serem pais mediante a adoção plena. Nos países escandinavos em geral, diferentemente da legislação pátria, as uniões homoafetivas têm respaldo legal. Em alguns deles, como na Dinamarca, às uniões homoafetivas é conferido o mesmo tratamento normativo dado ao casamento, exceto no que diz respeito à adoção, que é defesa²⁰¹. A legislação norueguesa é bastante similar, permitindo aos parceiros partilharem da administração familiar ou pátrio poder, como ocorre, também, na Islândia, não se podendo deixar à margem de registro que a Suécia, de igual modo, formalizou as uniões entre homossexuais. A tutela dos direitos das uniões homoafetivas tem sido conferida também através dos denominados pactos de convivência, instrumento já devidamente regulamentado na França²⁰² e no Canadá, países nos quais a prerrogativa de utilização do pacto é estendida a casais heterossexuais que optaram por não se casar, mas pretendem estabelecer e regulamentar as bases e os efeitos de sua união.

A Holanda foi um dos primeiros países a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por força da Lei de 21 de Dezembro de 2000, que entrou em vigor no dia 1º de Abril de 2001, passando o respectivo Código Civil a estabelecer que “o casamento pode ser celebrado por duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo”. A mudança foi justificada, na proposta de lei, com base no princípio da igualdade de tratamento – o casamento é um símbolo com especial significado, constituindo uma forma fundamental de comprometimento entre duas pessoas.²⁰³

²⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito e Psicanálise In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora Pucminas, 2006, p. 639.

²⁰¹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. União entre pessoas do mesmo sexo. *Informa Jurídico PGFN*, edição 22, v. II, p. 58-63, jan. 2001.p. 234.

²⁰² O Código Civil Francês, art. 515 - 1 define o pacto civil de solidariedade (PACS) como um contrato firmado por duas pessoas físicas, maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a vida em comum. (Tradução livre de “*Une pacte civil de solidat  est un contrat conclu par deux personnes phisyques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour orgniser leur vie commune*”)

²⁰³ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires. Rubinzal. 2010.p. 253.

A Bélgica, que incluía já no seu ordenamento a figura da “cohabitation légale”, abriu as portas ao casamento de pessoas do mesmo sexo em 2003²⁰⁴. As normas relativas às condições de fundo, forma, dissolução, direitos e obrigações passaram a ser aplicadas a todos os casamentos, independentemente do sexo dos cônjuges. Na exposição de motivos que acompanhou a proposta de lei enviada à Câmara dos Deputados, o Governo belga entendeu não haver justificação suficiente para vedar a parceiros homossexuais o acesso a um instituto que carrega consigo todo um simbolismo que se reflete necessariamente na atribuição de um conjunto de direitos e deveres e num reconhecimento social que não se compadece com a exclusão de um determinado grupo.²⁰⁵

Em 2009, Noruega e Suécia, cujo direito reconhecia a união civil registrada, passaram a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.²⁰⁶

Na Alemanha, a questão foi levada a debate ao Tribunal Constitucional Alemão que decidiu de forma diversa. De acordo com decisão proferida pelo Tribunal,

a Lei Fundamental não contém em si mesma nenhuma definição do casamento, mas pressupõe-no enquanto forma especial de vida humana em comum. A realização da proteção jurídico-constitucional necessita, nessa medida, de um regime jurídico que conforme e delimite a comunhão de vida que goza da proteção da Constituição enquanto casamento. O legislador tem uma considerável margem de configuração quanto a determinar a forma e o conteúdo do casamento (...). A Lei Fundamental não garante o instituto do casamento em abstrato, mas na configuração que lhe corresponde na visão dominante que obteve expressão no regime legal (...). De todo o modo, deve o legislador ter em consideração, ao configurar o casamento, os princípios estruturais que resultam, a partir do artigo 6.º, n.º 1, da Lei Fundamental [de acordo com o qual “o casamento e a família encontram-se sob a especial proteção da ordem do Estado”], na forma de vida encontrada em conexão com o caráter de liberdade dos direitos fundamentais garantidos e outras normas constitucionais (...). Faz parte da substância do casamento, tal como este é protegido, independentemente da evolução social e das transformações daí advenientes, e foi cunhado na Lei Fundamental, a sua definição como a união entre um homem e uma mulher numa comunhão de vida duradoura, fundada numa livre decisão com a colaboração do Estado (...), em que ao homem e à mulher pertencem os mesmos direitos e em que podem decidir livremente sobre a conformação da sua vida em comum (§ 87).

Ao mesmo tempo, afirma-se na decisão que da especial proteção atribuída ao casamento pela Constituição não se pode inferir que o casamento seja sempre de proteger em

²⁰⁴ Com a Lei de 13 de Fevereiro de 2003, o novo artigo 143, alínea 1, do Código Civil determina o seguinte: “Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage”. Duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo podem contrair matrimónio. Tradução livre.

²⁰⁵ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homosexuales*. Buenos Aires. Rubinzal. 2010.p. 145.

²⁰⁶ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito de família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 2010. p. 345.

maior medida que outras formas de vida em comum (§ 99).²⁰⁷

Quanto à violação do princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional entendeu que a circunstância de as pessoas homossexuais apenas poderem aceder às parcerias de vida, permanecendo o casamento destinado aos heterossexuais, não implica violação deste princípio. Na sua visão, a lei, ao prever uniões civis entre pessoas do mesmo sexo,

não associa direitos e obrigações ao sexo de uma pessoa, mas antes associa à combinação de sexos uma ligação pessoal que lhe concede o acesso à parceria de vida. É às pessoas assim unidas que a lei atribui direitos e deveres. Tal como o casamento, com a sua limitação a pessoas de sexo diferente, não discrimina os casais homossexuais em razão da sua orientação sexual, também as uniões homossexuais não discriminam os casais heterossexuais em razão da sua orientação. Mulheres e homens podem casar com uma pessoa de sexo diferente, mas não com uma pessoa do mesmo sexo; qualquer um pode entrar numa união civil com uma pessoa do mesmo sexo, mas não com uma pessoa de sexo diferente (cfr., § 106).²⁰⁸

Para o Tribunal alemão, a diferença que permite distinguir desse modo as pessoas homossexuais e as heterossexuais, quanto aos vínculos jurídicos que queiram dar às comunhões de vida entre si, é a seguinte:

A diferença, consistente em uma relação de um homem e de uma mulher unidos por muito tempo poderem resultar filhos em comum, o que não pode acontecer numa união de pessoas do mesmo sexo, justifica que os pares de pessoas de sexo diferente sejam remetidos para o casamento, quando queiram dar à sua comunhão de vida um vínculo jurídico duradouro (cfr., § 109).²⁰⁹

No caso da Espanha, a admissibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo resulta da Lei n.º 13/2005, de 1 de Julho, que modificou o Código Civil em matéria do direito a contrair matrimônio, consagrando o princípio de que o casamento exige os mesmos requisitos e produz os mesmos efeitos, sejam os contraentes do mesmo sexo, sejam de sexo diferente²¹⁰. Na respectiva exposição de motivos invoca-se a crescente aceitação social da união entre homossexuais e afirma-se que a alteração tem em conta o princípio constitucional da igualdade.

Em Portugal, a diversidade de sexo era um dos requisitos de fundo do casamento

²⁰⁷ “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in Julgar, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011

²⁰⁸ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homossexuales*. Buenos Aires. Rubinzal. 2010.p. 258.

²⁰⁹ MEDINA, Graciela. *Uniones de hecho homossexuales*. Buenos Aires. Rubinzal. 2010.p. 2 259.

²¹⁰ “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in Julgar, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011.

civil e era expressamente referida na noção de casamento formulada pela redação do art. 1577 introduzida pelo Decreto-Lei 496/77²¹¹. A consequência da inobservância desse requisito era a inexistência jurídica do casamento. Para Capelo de Sousa, o casamento entre homossexuais era naquela altura, pelo seu objeto, fisicamente impossível.²¹²

Em Portugal, as situações de “união de fato” entre pessoas do mesmo sexo receberam reconhecimento e tutela legal com a Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, cuja finalidade foi a de equiparar a união de fato homossexual à união de fato heterossexual. Revogando a Lei n.º 135/99, de 28 de Agosto, que definia a união de fato como “a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de fato há mais de dois anos”, a Lei n.º 7/2001 tornou a proteção jurídica conferida às pessoas que vivam em união de fato há mais de dois anos independente do sexo das pessoas em causa. A Lei n.º 7/2001 confere às pessoas em união de fato, independentemente da identidade ou diversidade de sexo, direitos no que respeita à moradia comum, relações laborais no setor público e privado, imposto sobre o rendimento, segurança social, proteção em caso de acidente de trabalho e pensões por serviços excepcionais e relevantes prestados ao País (arts. 3, 4 e 5).²¹³

Há, todavia, duas importantes diferenças a assinalar. A primeira é que às pessoas de sexo diferente que vivam em união de fato se estendeu o direito de adoção em condições análogas às previstas para os cônjuges no Código Civil; os membros da união de fato entre pessoas do mesmo sexo ficaram excluídos. A segunda consiste em que os membros da união de fato homossexual não podem recorrer às técnicas de procriação medicamente assistida (art. 6, n.º 1, da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho).²¹⁴

Outras normas conferem direitos ou estabelecem consequências jurídicas em decorrência de situações de união de fato, não distinguindo em função da identidade ou diversidade de sexo e, portanto, abrangendo os casais homossexuais. Podem destacar-se, sem preocupação de exaustão: o n.º 3 do art. 3. da Lei da Nacionalidade (Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro, na redação da Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril); os números 1 e 5 do art. 3 da Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto, relativa ao exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional; art. 100. da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional; a alínea h) do art. 2

²¹¹ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito de família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 2010. p. 431.

²¹² SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 119.

²¹³ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito de família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL. 2010. p. 209

da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, relativa às condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária.²¹⁵

O Decreto n.º 9/XI da Assembleia da República resultou da aprovação da Proposta de Lei n.º 7/XI (Diário da Assembleia da República, II série A, n.º 18XI/1, de 22/12/2009) apresentada pelo Governo com o objetivo de “remover as barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo”. Na “exposição de motivos” afirma-se o propósito de “acima de tudo, pôr fim a uma velha discriminação, longa e aprofundadamente debatida na sociedade portuguesa [...] sem dúvida causadora de exclusão e sofrimento para muitas pessoas – e que a evolução da consciência social torna hoje não apenas desnecessária, mas verdadeiramente inaceitável”. E invoca-se a jurisprudência do acórdão n.º 359/2009 como significando que a Constituição, “no conjunto dos seus princípios e disposições relevantes, fornece um enquadramento jurídico-constitucional aberto quanto à liberdade de conformação do legislador em matéria de casamento entre pessoas do mesmo sexo.”

Assim, em Portugal, em meados de 2010 foi promulgada a Lei N.º 9/XI, de 31 de Maio de 2010, que permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo^{216 217}. Embora comemorada num primeiro momento, a edição da Lei vem causando preocupação por mostrar-se ao contrário do que poderia parecer, exclusiva, isso porque repudia a possibilidade de adoção nesta modalidade de casamento, restringindo a estes indivíduos direitos concedidos aos pares heterossexuais.²¹⁸

No direito português, o casamento caracteriza-se pela contratualidade, pela assunção de compromisso recíproco de plena comunhão de vida, pela pessoalidade e pela solenidade.²¹⁹

²¹⁴ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito de família contemporâneo*. Lisboa: AAFDL, 2010. p. 544.

²¹⁵ ALMEIDA, Suzana. *O respeito pela vida privada e familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos dos homem: a tutela das novas formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 98.

E ainda particular destaque, porque revelador da importância comunitária das formas de vida em comum entre pessoas do mesmo sexo ao ponto de se lhes estender o instrumento último de proteção de bens jurídicos que é o direito penal, merecem as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal que passaram a incluir a perífrase “pessoa de outro ou do mesmo sexo” para conferir relevância penal a essas situações de vida a par da tutela da situação dos cônjuges ou ex-cônjuges. É o que sucede, designadamente, nos arts. 68, n.º 1, alínea c), 134, n.º 1, alínea b) e 159, n.º 7, do Código de Processo Penal e nos arts. 113, n.º 2, alínea a), 132, n.º 2, alínea b), 152, n.º 1, alínea b), 154., n.º 4, 364, alínea b) e 367, n.º 5, alínea b) do Código Penal.

²¹⁶ Art. 1. A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

²¹⁷ Art. 2 Os artigos 1577, 1591 e 1690 do Código Civil, passam a ter a seguinte redação: “Artigo 1577 [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

²¹⁸ Artigo 3 Adoção 1 - As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 - Nenhuma disposição legal em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior.

²¹⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*. 3 ed. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 421.

O casamento é visto claramente como a assunção de compromisso recíproco que traz reflexos no plano existencial e temporal que se traduz sinteticamente no compromisso de plena comunhão de vida. A publicação da Lei 9/2010 em Portugal veio a lume num contexto emocional, como anota Duarte Pinheiro²²⁰, tendo sido precedida pela apreciação do Tribunal Constitucional que não detectou qualquer incompatibilidade entre o alargamento da faculdade de casar e o texto fundamental. Na perspectiva do Tribunal Constitucional, traduzida em dois acórdãos (TC n 359/2009 e TC n 121/2010)²²¹, a Constituição portuguesa não impõe nem proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Recentemente, a Argentina regulamentou a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, através do Decreto 1054/2010 que promulga a Lei 26.618/2010, alterando o Código Civil.

Em outros sistemas jurídicos, o impulso para a institucionalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo foi protagonizado por decisões judiciais. Foi o que ocorreu nos Estados Unidos da América, Canadá e África do Sul.

Da jurisprudência dos tribunais dos Estados Unidos da América, país em que compete aos Estados definir os requisitos do casamento, oportuno destacar, pela argumentação mobilizada, decisão²²² do Supremo Tribunal da Califórnia, de 15 de Maio de

²²⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*. 3 ed. Lisboa: AAFDL, 2010, p. p. 433.

²²¹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Acesso em: 17 abr. 2011.

²²² O Supremo Tribunal do Havai, logo em 1993 (caso Baehr v. Levin), considerou que a Constituição do Estado apenas permitiria a restrição do casamento aos casais heterossexuais se o Estado pudesse demonstrar interesses relevantes justificando a exclusão dos homossexuais (*compelling interest*). Todavia, a constituição estadual foi revista, permitindo ao legislador ordinário reservar o casamento aos casais de sexo diferente (*opposite-sex couple*). Posteriormente, o Supremo Tribunal do Vermont, numa decisão de 1999 (cfr., Baker v. State, de 20 de Dezembro de 1999) considerou que o princípio da igualdade proibia a exclusão de homossexuais dos benefícios e proteções associadas ao matrimônio, sustentando também que as disposições legais sobre o casamento se manteriam em vigor durante um período razoável de tempo, de modo a permitir que o poder legislativo adotasse um regime adequado. Nesta sequência, foi adotado um ato legislativo consagrando uma união civil que assegura a casais do mesmo sexo a mesma proteção que o casamento atribui a casais de sexo diverso. Num plano diferente coloca-se a decisão do Supremo Tribunal do Estado do Massachusetts de 2003, sustentando que as garantias de igualdade e de liberdade protegidas pela constituição estadual tornam inconstitucional o casamento apenas entre homem e mulher, porque não existe uma “base racional” para mantê-lo. Na opinião da maioria, alcançada por quatro dos setes juízes que a votaram, afirma-se o seguinte: “O casamento é uma instituição social vital. O compromisso exclusivo de dois indivíduos entre si nutre o amor e o apoio mútuo; traz estabilidade à nossa sociedade. Para aqueles que escolhem casar, e para os seus filhos, o casamento propicia abundantes benefícios jurídicos, financeiros e sociais. Em troca, impõe pesadas obrigações jurídicas, financeiras e sociais. A questão que temos perante nós é a de saber se, em termos consistentes com a Constituição do Massachusetts, a Comunidade pode negar as proteções, benefícios e obrigações conferidos pelo casamento civil a dois indivíduos do mesmo sexo que pretendam casar. Concluímos que não pode. A Constituição do Massachusetts afirma a dignidade e igualdade de todos os indivíduos. Proíbe a criação de cidadãos de segunda classe. Para chegar a esta conclusão tomamos em plena consideração os argumentos avançados pela Comunidade. Mas esta falhou quanto a identificar qualquer razão constitucionalmente adequada para negar o casamento civil aos casais homossexuais”. In: “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in Julgar, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011

2008 que reconheceu o direito constitucional dos homossexuais a casar²²³, analisando se, ainda que possível a parceria civil, a não designação da relação oficial de um casal homossexual como casamento viola a Constituição da Califórnia.²²⁴ Posteriormente, através de consulta popular, realizada em 4 de Novembro de 2008, foi aprovada a “*Proposition 8*” que introduziu uma emenda à Constituição do Estado da Califórnia no sentido de consagrar o carácter heterossexual do casamento.²²⁵ No decurso de 2009, os estados do Vermont, New Hampshire e Maine aprovaram legislação que estende o casamento civil às uniões entre duas pessoas do mesmo sexo.

No Canadá, o Governo colocou perante o Supremo Tribunal a questão da extensão do casamento civil a pessoas do mesmo sexo, na sequência de decisões de tribunais provinciais. Pela decisão “*Reference Same-Sex Marriage*”, de 9 de Dezembro de 2004, o Supremo Tribunal do Canadá considerou que a extensão do direito ao casamento civil às pessoas do mesmo sexo não só era consistente com a Secção 15 da Carta de Direitos e Liberdades, mas dela resultava diretamente.²²⁶ Referindo-se ao caso *Hyde v. Hyde*, de 1866, segundo o qual o “casamento, como compreendido na Cristandade, pode para este efeito ser definido como a união voluntária para a vida de um homem e uma mulher, com a exclusão de todos os outros”, o Tribunal afirmou:

A referência à ‘Cristandade’ é reveladora. *Hyde* dirigia-se a uma sociedade de valores sociais partilhados em que se pensava que o casamento e a religião eram inseparáveis. Este já não é o caso. O Canadá é uma sociedade pluralista. O casamento, na perspectiva do Estado, é uma instituição civil. O raciocínio dos “conceitos petrificados” é contrário a um dos mais fundamentais princípios da interpretação constitucional canadiana: aquele segundo o qual a nossa Constituição é uma árvore viva que, através de uma interpretação progressiva, acomoda e se dirige

²²³ Vale lembrar que no Estado da Califórnia aos homossexuais são assegurados, através de um contrato de união entre pessoas do mesmo sexo designado *domestic partnership*, essencialmente os mesmos direitos que o casamento proporciona aos heterossexuais.

²²⁴ Para responder a esta questão o Tribunal apoia-se, por um lado, “na transformação fundamental e dramática na compreensão e tratamento jurídico dos indivíduos e casais homossexuais por parte deste Estado. A Califórnia repudiou as práticas e políticas do passado baseadas numa perspectiva comum que denegria o carácter geral e a moral dos indivíduos homossexuais e com base nas quais em dado momento se chegou a caracterizar a homossexualidade como uma doença, em vez de muito simplesmente uma das diversas variáveis da nossa comum e diversa humanidade”. Atualmente, pelo contrário, reconhece-se que os indivíduos homossexuais têm “os mesmos direitos legais e o mesmo respeito e dignidade atribuídos a todos os outros indivíduos e são protegidos de discriminação na base da sua orientação sexual e, mais especificamente, reconhece[-se] que os indivíduos homossexuais são totalmente capazes de entrar numa relação comprometida e duradoura fundada no amor que pode servir como base de uma família e de tratar e educar responsabilmente crianças”.

²²⁵ “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011.

²²⁶ “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011.

às realidades da vida moderna²²⁷.

Na sequência veio a ser aprovado o *Civil Marriage Act*, de 20 Julho de 2005, que reformulou a definição do casamento civil, que passou a ser “a união legítima de duas pessoas com a exclusão de quaisquer outras”.²²⁸

Entre 1998 e 2003, o Tribunal Constitucional da África do Sul aplicou os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação, em que se contém uma referência expressa à orientação sexual, eliminando ou alterando diversas normas que considerou serem discriminatórias contra homossexuais e casais de pessoas do mesmo sexo. O mesmo Tribunal Constitucional, no caso *Minister of Home Affairs v. Fourie*, de 1º de Dezembro de 2005, pronunciou-se sobre a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.²²⁹

O Tribunal Constitucional sul-africano apreciou se existe ou não alguma justificação nos termos da seção 36 da Constituição sul-africana (que desempenha a mesma função que o artigo 18.º da Constituição portuguesa) para a afetação dos direitos de igualdade e dignidade dos casais de pessoas do mesmo sexo. A este propósito seria necessário considerar duas justificações: a) inclusão dos casais do mesmo sexo minaria os fundamentos da instituição do casamento; b) uma tal inclusão seria intrusiva e ofensiva de fortes sensibilidades religiosas do povo. Em relação à primeira justificação, o Tribunal argumenta que: “permitir o acesso a casais do mesmo sexo não atenuaria de modo algum a capacidade dos casais heterossexuais para casar do modo que quisessem e de acordo com os princípios da sua religião”. Quanto à segunda, sustenta que as crenças religiosas “não podem ser impostas através do direito do Estado no todo da sociedade, através de um modo que nega os direitos fundamentais daqueles

²²⁷ DUARTE PINHEIRO, Jorge. *O direito de família contemporâneo*. 3 ed. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 456.

²²⁸ “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011

²²⁹ Segundo o Tribunal, a exclusão das pessoas do mesmo sexo dos benefícios e responsabilidades do casamento não é “uma pequena e tangencial inconveniência decorrente de algumas relíquias de prejuízo social destinadas a evaporar como a neblina matinal. Representa uma afirmação severa, ainda que oblíqua, pelo Direito de que os casais do mesmo sexo são estranhos, e de que a sua necessidade de afirmação e protecção das suas relações íntimas, enquanto seres humanos, é de algum modo inferior às dos casais heterossexuais. Reforça a noção lesiva de que devem ser tratados como peculiaridades biológicas, como seres humanos falhados ou caídos que não se ajustam à sociedade normal e, como tal, não suscitam a preocupação moral e respeito que a nossa Constituição procura assegurar a todos. Significa que a sua capacidade para o amor, compromisso e responsabilidade é, por definição, menos merecedora de respeito do que a dos casais heterossexuais”. (“Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011.

que são negativamente afetados”²³⁰.

Assim, o Tribunal conclui que a exclusão dos casais do mesmo sexo do estatuto, direitos e responsabilidades atribuídos aos casais heterossexuais através do casamento, constitui uma violação injustificada dos princípios da igualdade e da dignidade humana.

Em 2006 foi aprovada Lei relativa às Uniões Civis (*Civil Union Act*), passando a existir três regimes jurídicos respeitantes ao casamento: a Lei do Casamento, de 1961 (*Marriage Act*), a lei dos casamentos costumeiros, de 1998 (*Customary Marriage Act*), relativa ao reconhecimento dos casamentos celebrados segundo os ritos das tribos indígenas, e a mencionada lei das uniões civis. Os sul-africanos podem escolher casar segundo qualquer um desses regimes, mas apenas podem ser casados segundo um deles num mesmo momento.

Duas pessoas do mesmo sexo na África do Sul podem apenas casar-se segundo a Lei das Uniões Civis, podendo escolher se a união entre elas se designa como uma união civil ou um casamento. Em qualquer caso, as uniões terão as mesmas consequências que o casamento celebrado nos termos do *Marriage Act*, com as adaptações que se mostrem necessárias.

²³⁰ Tendo considerado que a definição de casamento da *common law* viola a Constituição sul-africana, o Tribunal ocupou-se da questão de saber se deveria ele próprio desenvolver a *common law* de forma a superar tal violação. Contra esta hipótese considerou três argumentos: deve ser dado tempo para que o público se envolva num assunto de tão grande interesse público e importância; não é da competência do Tribunal reestruturar a instituição do casamento de um modo tão radical; apenas o Parlamento tem a autoridade necessária para reformular o casamento. Admitindo a existência de diversas alternativas a considerar pelo legislador, desde a simples substituição das palavras «marido» e «mulher» pelas palavras «esposos» ou «pessoas» no texto da lei em vigor, até à previsão de diferentes actos matrimoniais, ao lado de um acto matrimonial de aplicação geral, para diferentes grupos como casais nos casamentos de direito costumeiro, casamentos islâmicos, casamentos hindus e também casamentos específicos para pessoas do mesmo sexo. De acordo com o Tribunal “dado o grande significado público da matéria, as profundas sensibilidades envolvidas e a importância de estabelecer uma fundação firme para alcançar a igualdade nesta área, é apropriado que à legislatura seja dada uma oportunidade para traçar aquele que considere ser o melhor caminho em frente”. O Tribunal excluiu, no entanto, qualquer solução que “na aparência providenciasse igual protecção, mas apenas o fizesse de um modo que no seu contexto e aplicação fosse pensado para reproduzir novas formas de marginalização. Historicamente o conceito ‘separados mas iguais’ serviu como um disfarce muito usado para cobrir a aversão ou o repúdio daqueles que estavam no poder por aqueles que eram sujeitos à segregação.” Nesse contexto, o tribunal suspendeu durante um ano a declaração de invalidade da definição de casamento da *common law*, tendo em vista permitir ao Parlamento a correcção do defeito. Findo esse período, e em caso de inacção do Parlamento, o Tribunal determinou que a lei respeitante ao casamento passaria a conter a expressão “esposo” na fórmula do casamento. Segundo o Tribunal, uma tal solução “tem a vantagem de ser simples e directa. Envolve uma alteração textual mínima. Os valores da Constituição seriam mantidos. As implicações orçamentais seriam mínimas. A política constante do direito no sentido de proteger e promover a vida familiar seria sustentada e alargada. Os estereótipos negativos seriam debilitados. As instituições religiosas permaneceriam imperturbadas quanto à sua capacidade de levar a cabo cerimónias matrimoniais de acordo com os seus princípios e, se assim o entenderem, de apenas celebrar casamentos heterossexuais. O princípio da acomodação razoável poderia ser aplicado pelo Estado no sentido de assegurar que os oficiais do casamento civil com objecções religiosas sinceras em relação à celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo não seriam obrigados a fazê-lo se isso implicasse uma violação da sua consciência. Se o Parlamento desejar redefinir ou substituir esta solução por qualquer outra que satisfaça as exigências constitucionais, poderá sempre ter a última palavra.” (“Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República Portuguesa em Maio de 2007, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011.

Foram muito diversos os caminhos trilhados na matéria que nos ocupa. Em alguns países foi o legislador chamado a intervir no reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Em alguns casos, tal intervenção consistiu na própria redefinição do casamento, de modo a abranger as uniões de pessoas do mesmo sexo, como sucedeu na Holanda, em 2001, na Bélgica, em 2003, na Espanha, em 2005 e, recentemente, na Noruega e na Suécia. Noutros casos, a intervenção do legislador passou pela consagração de uniões civis entre pessoas do mesmo sexo, ou parcerias de vida registradas, envolvendo o reconhecimento de grande parte dos direitos e deveres do casamento. O primeiro país a consagrar uma união civil entre pessoas do mesmo sexo, com efeitos análogos aos do casamento, foi a Dinamarca, em 1989. Seguiram-se a Noruega (em 1993), a Suécia (em 1994), a Islândia (em 1996), a Alemanha (em 2001), a Finlândia (em 2001), e o Reino Unido (em 2004).²³¹.

Nos termos do artigo 12º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 4 de Abril de 1950, “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. Em matéria de igualdade, estabelece o artigo 14.º da Convenção que “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação”.²³²

Por seu turno, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, estabelece, no seu artigo 9, “O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício”. Além disso, o artigo 21, n.º 1, proíbe toda a “discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.”²³³

4.6 Contrato de convivência ou Pacto Civil de Solidariedade

²³¹ “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República em Maio de 2007, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011.

²³² “Casamento e Outras Formas de Vida em Comum entre Pessoas do mesmo Sexo”, Relatório elaborado pela Divisão de Informação Legislativa da Assembleia da República em Maio de 2007, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 223 e seguintes. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 28 mar. 2011.

²³³ PIGNATELLI, Nicola. I livelli europei di tutela delle copie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, p. 295. (Tradução livre).

Seria o contrato de convivência um instrumento hábil a tutelar os direitos dos cidadãos que não querem ou não podem contrair matrimônio, mas que dividem um projeto de vida, que constituem uma família, que se realizam numa formação social de recíproco sustento e colaboração, marcada por uma relação de afeto?

A adoção do nome contrato de convivência reflete apenas uma preferência pessoal. A jurisprudência e a doutrina já o denominaram: contrato particular de assistência mútua e convivência comum²³⁴, convenção entre os conviventes²³⁵, contrato particular de convívio conjugal²³⁶, contrato de convivência solidária, entre outros.

Cumprе esclarecer que, embora adotada a terminologia contrato de convivência, este instrumento não é propriamente um contrato, na acepção obrigacional do termo. É da essência do contrato o caráter patrimonial, econômico de suas convenções, que devem ter por objetivo adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.²³⁷ O instrumento ora proposto visa regulamentar, a união afetiva estável como relação jurídica, e poderá implicar efeitos pessoais e patrimoniais.

Embora até ao casamento, em sua compreensão mais atual, tem sido conferida natureza preponderantemente contratual, mas não exclusivamente contratual, não poderia a união afetiva ser regulamentada por este instrumento, exaurir-se na noção de contrato.²³⁸

Com efeito, à míngua de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, várias poderiam ser as denominações adotadas, tais como contrato de companheirismo, pacto de convivência, parceria de união afetiva, ou pacto civil de solidariedade (PACS), terminologia adotada por diversos países europeus, como França e Itália, país no qual o projeto de lei é inspirado modelo francês, embora contenha pontos de significativa diferença.

No Brasil, foram muitas as tentativas de firmar uma legislação sobre a questão, talvez o projeto mais polêmico tenha sido o Projeto de Lei nº 1.151/95, de autoria da Deputada Marta Suplicy, que pretendia disciplinar a denominada parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo. Durante sua tramitação, as discussões acabaram por se concentrar

²³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL (TJDF). 1ª CC. Embargos infringentes n. 0034803/95. Acórdão n 85.070. Relator Dês. Lécio Resende da Silva. *DJ*, 20 mar. 1996.

²³⁵ SOARES, Orlando. *União estável*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

²³⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ (TJPR). 3ª CC. Acórdão n. 13385. Relator Dês. Sérgio Rodrigues. *DJ*, 16 fev. 1998.

²³⁷ FIÚZA, César. Por uma redefinição da contratualidade. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Ed. PUC-Minas, 2006, p. 165.

²³⁸ CZAJKOWSKI, Rainier. *União livre à luz da lei 8.971/94 e da lei 9.278/96*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 102.

não nos aspectos técnico-jurídicos, mas nos aspectos relativos à homossexualidade, que acabaram por constituir um obstáculo a sua aprovação.²³⁹

Não obstante, dessas discussões legislativas emergiram inúmeras questões de cunho social e jurídico, que foram retomadas com a apresentação do Projeto de Lei nº 5.252/2001, que pretendeu criar e disciplinar o que se denominou “Pacto de Solidariedade” (denominação inspirada na legislação europeia), com vistas principalmente à proteção dos direitos de propriedade e direitos sucessórios, tendo este texto legal abolido a expressão “pessoas do mesmo sexo”, utilizada na proposta anterior, para tentar afastar o enfoque das discussões na proteção das relações homossexuais.²⁴⁰ Entretanto, este projeto de lei também foi arquivado.

O Projeto de Lei nº 3.534, de 7.7.2005, que se encontra em tramitação no Senado italiano, define o Pacto Civil de Solidariedade como o acordo entre duas pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo, firmado com a finalidade de regulamentar a relação pessoal e patrimonial referente à sua vida comum.²⁴¹

O contrato de convivência pode ser compreendido como o instrumento consensual escrito, que visa estabelecer normas de convivência e regulamentação patrimonial entre duas pessoas capazes que mantêm uma união afetiva estável.

Na doutrina, têm-se autores que reconhecem a existência e eficácia deste contrato apenas quando configurada a união estável, em razão da expressa menção do art. 4 da Lei 9.078/96. Nesse sentido, conceitua Cahali, como contrato de convivência, o instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos patrimoniais da relação.²⁴²

Para alguns autores, pode ou não se revestir de forma solene, escritura de declaração, instrumento particular levado ou não para registro no cartório de títulos e documentos. Nesse sentido, o entendimento de Azevedo, ao tratar da união estável, para o qual o contrato deve ser um meio flexível para garantir aos contraentes, diante das incertezas doutrinárias e jurisprudências e possui força obrigatória entre os contratantes, independentemente de qualquer registro.²⁴³

²³⁹ “Art. 1º É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria registrada, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta lei”.

²⁴⁰ “Art. 1º É assegurado a duas pessoas o estabelecimento do pacto de solidariedade, visando a proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta lei”.

²⁴¹ Progetto di legge 07.07.2005 n° 3534 “Art. 2. (*Definizioni*) 1. Ai fini della presente legge si intende per: a) patto civile di solidarietà: l’accordo tra due persone di sesso diverso o dello stesso sesso, stipulato al fine di regolare i rapporti personali e patrimoniali relativi alla loro vita in comune”.

²⁴² CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55.

²⁴³ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 385.

Contudo, para que o contrato tenha efeito perante terceiros e ainda para dar maior segurança aos signatários, se feito por instrumento particular, deve ser registrado no cartório de títulos e documentos; ou deve ser lavrado por instrumento público, sob a forma de escritura pública de declaração. A questão da obrigatoriedade ou não do registro deve ser vista sempre com cautela: se, por um lado, o registro poderá garantir maior segurança e certeza quanto aos efeitos pretendidos, não se pretende criar uma formalidade que assemelhe a celebração deste instrumento ao casamento.

Curioso apontar que, quando do estudo legislativo para aprovação da Lei nº 9.278/96, que trata da união estável, cogitou-se que a estipulação contratual sobre a divisão de patrimônio dos conviventes deveria ser registrada no cartório de registro civil. Contudo o artigo 4²⁴⁴ da referida lei foi vetado, justamente por entender a Presidência que se estaria criando uma nova forma de casamento, embora não se deva deixar de considerar que talvez essa solução fosse a mais adequada, à vista dos efeitos pretendidos com a celebração deste contrato.

Isso porque, vislumbra-se na celebração deste contrato uma alteração no estado das pessoas, como elemento distintivo da situação jurídica dos indivíduos²⁴⁵ e como instrumento de efetivação do princípio da igualdade²⁴⁶, permitindo o tratamento isonômico às pessoas que estão na mesma condição, ou seja, agrupadas em um núcleo familiar. É inegável a situação especial e de alta relevância e repercussão jurídica que se encontram os signatários de um contrato de convivência, o que justifica a atribuição de um estado de família a estes indivíduos.

Há autores, como Erpen²⁴⁷, que sustentam que, na união estável, o registro em Cartório de Títulos e Documentos do contrato de convivência só teria as seguintes finalidades:

- a) conservação;
- b) prova de sua existência;
- c) autenticação da data.

²⁴⁴ “Art. 4º. Para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser averbado no competente Cartório de Registro de Imóveis, onde estiverem registrados os imóveis pertencentes a um ou outro dos conviventes”.

²⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 132 e seq.

²⁴⁶ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 28.

Cumpra assinalar que tanto o Projeto de Lei nº 1.151/95 como o Projeto de Lei nº 5.252/2001 previam o registro da parceria ou pacto no cartório de registro civil de pessoas naturais, providência que nos parece acertada, mas implicaria alteração na Lei nº 6.015/73, que regulamenta as atividades cartoriais.

Na França, o PACS deverá ser escrito em duas vias e apresentado a juízo competente (local da residência dos interessados) para que seja vistado e datado, de acordo com a Lei nº 99.944 de 15/11/99. Para evitar o risco de perda, o pacto pode ser depositado em cartório. O pacto não apresentado em juízo não terá efeito.

Na Espanha, várias comunidades autônomas, dentre elas, Andaluzia, Canárias, País Basco e Navarra, têm possibilitado o registro municipal das uniões civis não matrimoniais, seja de indivíduos de sexo oposto ou do mesmo sexo, bem como a transcrição literal dos contratos que regulamentam os aspectos pessoais e patrimoniais destas uniões.²⁴⁸

No Estado de São Paulo, diante da crescente demanda nos cartórios de registro de títulos e documentos de pedidos de registro de pactos ou contratos de convivência para regulamentação patrimonial entre pessoas do mesmo sexo, foi instaurado procedimento administrativo a fim de se uniformizar o entendimento sobre a registrabilidade ou não desses instrumentos. O feito foi levado à apreciação judicial, tendo o Ministério Público manifestado favoravelmente ao registro de tais pactos, entendimento que foi integralmente acolhido pelo juiz responsável pelo processo.²⁴⁹

Pode-se ainda dizer que o contrato é a manifestação do desejo íntimo do convivente de ter reconhecida juridicamente sua união, quando esta não é protegida pelo ordenamento, por exemplo, nos casos de união homossexual.

Certo é que o contrato pretende conferir mais tranquilidade aos conviventes quanto ao reconhecimento da união, quanto à divisão patrimonial e ainda ao fixar as bases e diretrizes do relacionamento, diante da ausência de legislação específica e da incerteza jurídica que circunda as relações afetivas não institucionalizadas, aprofundada pela imaturidade das decisões jurisprudenciais e pela afronta a direitos fundamentais pela legislação infraconstitucional.

²⁴⁷ ERPEN, Décio Antônio. Novo Código Civil e a estrutura registral. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova realidade do direito de família: doutrina e jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: Coado, 1998, p. 34.

²⁴⁸ COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANÁRIAS. Lei n. 5, de 6 de março de 2003. *Boletín Oficial de Navarra*, n. 44, 09 abr. 2003. Disponível em: <<http://www.cfnavarra.es/BOM/034/03409082.htm>>. Acesso em: 12 maio 2007.

Segundo Dias, com a celebração do contrato de convivência os companheiros poderiam, de forma consensual, solver as questões patrimoniais, sendo despicinda a interferência da Justiça, já que o contrato reflete uma relação fática e, que, portanto, para sua formação e dissolução independeria da chancela estatal e de qualquer formalidade, diversamente do que ocorre com o casamento.²⁵⁰ Dessa forma, defende a autora que se constituído no contrato de convivência acordo de partilha, este seria instrumento jurídico hábil e eficaz, e se poderia evitar a partilha judicial.²⁵¹

Para Cahali, a realização do contrato na constância da união, regulamentando efeitos pretéritos, atuais e futuros implica manifestação de vontade emanada com o efeito de também confirmar a união estável, de tal forma que não poderia ser negada posteriormente por um dos contraentes, exceto por eventual vício na manifestação de vontade. Haveria, ainda que não literalmente, um reconhecimento voluntário e recíproco do fato jurídico e aceitação de suas consequências (legais ou contratuais), o que ensejaria a exigência do cumprimento das obrigações assumidas, e a produção dos efeitos previstos na lei e na convenção.²⁵²

Não se pode simplesmente declarar a inexistência de um direito pela omissão legislativa, assim, embora não exista previsão legal para a celebração de um contrato que regulamente os direitos das pessoas que convivam em união homoafetiva, reafirma-se a ideia de que inexistência de regramento específico não pode impedir o acesso e a busca pela tutela jurídica adequada destas relações.

A celebração do contrato de convivência não instituirá a entidade familiar por si só; ao contrário, pressupõe a entidade familiar como condição de sua eficácia, mas terá significado como uma das provas de sua existência. Nos moldes ora estudados, não deverá tornar-se requisito ou elemento indispensável à caracterização da união afetiva, mas deverá permitir que os conviventes promovam a implementação de direitos e deveres recíprocos.

4.7 Uniões estáveis homoafetivas – visão dos tribunais

Para Azevedo, considerando que a legislação infraconstitucional não reconhece a união

²⁴⁹ VARA DE REGISTROS PÚBLICOS DECIDE SOBRE O REGISTRO DE UNIÃO ESTÁVEL, 1ª. *Processo n. 000.02.1566268-7*. Juiz Venício Antonio de Paula Salles. São Paulo, 26 set. 2002. Disponível em: <[http://www.irtdpjsaopaulo.com.br/1vara.uniaoestavel .htm](http://www.irtdpjsaopaulo.com.br/1vara.uniaoestavel.htm)>. Acesso em: 12 maio 2007.

²⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 187.

²⁵¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 7ª CC. Apelação cível n. 770014788822. Relator Des. Maria Berenice Dias. *DJ*, 03 jul. 2006. Ementa: união estável. Contrato de convivência. Tratando-se de união estável, descabida a partilha judicial quando as partes, maiores e capazes, solvem as questões patrimoniais mediante acordo particular [...].

homossexual como apta à constituição da família, os parceiros devem celebrar contrato escrito que esclareçam sobre o patrimônio amealhado, estabelecendo os percentuais referentes a cada um, ou optarem por adquirir os bens em nome de ambos, o que importaria formação de condomínio.²⁵³

Se duas pessoas unidas pelo afeto resolvem ter vida comum comungando deveres, como assistência moral e econômica mútua, com o objetivo de construir um lar, com todas as implicações que o termo envolve e por que não dizermos uma família, inquestionável que tal vínculo venha a gerar direitos e obrigações que não poderiam ficar à margem do direito, sob pena de desvalorização do princípio da dignidade humana.²⁵⁴

Assim é que, ultrapassando, num primeiro momento, a discussão acerca da formação ou não de entidade familiar pela união homoafetiva, comprovada a existência da união afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo e demonstrada a colaboração recíproca dos parceiros para a formação do patrimônio, numa comunhão de esforços e recursos, reconhece-se como presente uma sociedade fática com todas as consequências jurídicas que lhe são inerentes.²⁵⁵

A importância da celebração do contrato de convivência nesses casos é permitir que a união homoafetiva possa ser reconhecida antes do pronunciamento do judiciário, permitindo, no caso de rompimento espontâneo ou morte de um dos conviventes, que a partilha de bens, assim como todas as questões que permeiam uma separação ou a morte de um companheiro sejam prontamente solucionadas ou, ao menos, que o Poder Judiciário, se acionado, possa se pautar, quando da prolação de suas decisões, por um documento apto a demonstrar a realidade fática e a vontade dos contraentes.

Cumprе assinalar que os Tribunais já há algum tempo têm reconhecido a existência de sociedade civil de natureza fática entre pessoas do mesmo sexo, ou seja, como se sócios fossem os conviventes²⁵⁶, determinando, em caso de conjugação de esforços, a divisão do patrimônio adquirido na constância da união, inclusive quando do rompimento da relação, para evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes ou seus herdeiros.

Assim, se por um lado, o direito pátrio resiste a reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo, como concubinato ou união estável, a merecer ampla proteção do Estado, ao

²⁵² CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66.

²⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Estatuto da família de fato, Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 335.

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. União homossexual: aspectos sociais e jurídicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 161-170.

²⁵⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TJMG). Apelação cível n. 309.092-0. Relator Desa. Jurema Miranda. *DJ*, 09 mar. 2002.

teor do preceito constitucional contido no art. 226, parágrafo terceiro, com caráter de entidade familiar, a referida união foi enquadrada como sociedade de fato, de natureza civil, ao amparo do disposto no art. 1.363 do Código Civil de 1916.²⁵⁷

A sociedade de fato nos casos de união homoafetiva, segundo registra Gomes, forma-se com o decurso do tempo, construída com a colaboração mútua dos indivíduos, sem a ideia preconcebida de celebração de um negócio jurídico societário, mas com o objetivo de uma obra comum a realizar.²⁵⁸

Dessa forma, quando submetida à apreciação do Poder Judiciário, essas relações e suas implicações patrimoniais e sucessórias são examinadas sob a luz do direito obrigacional, conduzindo o julgador, em primeiro plano, a averiguar tão somente a existência ou não da alegada sociedade fática, apta a gerar direitos patrimoniais.

Esta construção jurisprudencial ganhou fôlego com o posicionamento externado pelo Superior Tribunal de Justiça, em diversas decisões, que garantiram aos parceiros homossexuais o direito à divisão do patrimônio adquirido na constância do relacionamento, na hipótese de contribuição e conjugação de esforços mútuos, seja com a renda do trabalho produtivo, seja mediante a prestação de serviços domésticos.²⁵⁹

Na esteira desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em repetidas ocasiões, ao aplicar a Súmula 380²⁶⁰, reafirmou o seu entendimento de que, “a sociedade de fato, e não a convivência *more uxorio* é que legitima a partilha de bens”. Nesse último recurso, o Ministro Moreira Alves enfatizou a diferença que deveria ser feita entre “a sociedade de fato que é de caráter puramente patrimonial) e a comunhão de vida”.

O Superior Tribunal de Justiça, seguido pelos tribunais de justiça estaduais, persistiu no mesmo entendimento, acentuando-se a sociedade de fato como pressuposto para o reconhecimento do direito à partilha do patrimônio comum dela resultante, constando da ementa do REsp. 4599/RJ, de lavra do Min. Nilson Naves: “A criação pretoriana inscrita no verbete de nº 380 da Súmula do STF tem por referência os artigos 1.363 e 1.366 do Código

²⁵⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). 4ª T. REsp n. 148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. *DJ*, 10 fev. 1998.

²⁵⁷ Art. 1363 “Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns”.

²⁵⁸ GOMES, Chiang. O concubinato e a constituição de 1988. *Revista Jurídica da OAB Goiás*, Goiânia, ano XII, n. 36, nov. 1994. p. 141.

²⁵⁹ “Sociedade de Fato. Homossexuais. Partilha do Bem Comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência da sociedade de fato com os requisitos do artigo 1363 do Código Civil” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). 4ª T. REsp n. 148897/MG. Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar. *DJ*, 10 fev. 1998).

Civil; os efeitos patrimoniais, ali descritos, decorrem do direito das obrigações.”

Com a evolução do Direito de Família, especialmente após a Constituição da República promulgada em 1988, o tema começou a ser tratado, ainda que de forma tímida, como uma questão familiar, o que fomentou a prolação de algumas decisões que sustentam a divisão patrimonial entre os companheiros na dissolução da união estável homossexual, aplicando-se analogicamente a Lei nº 9.278/96²⁶¹, bem como garantem a fruição de benefícios previdenciários entre outros direitos²⁶².

Com efeito, a *ratio* das uniões homoafetivas não tem cunho obrigacional. Não se trata aqui de *affectio societatis*, mas o *affectio*, no âmbito das relações homoafetivas, significa amor, carinho, dedicação, companheirismo, afeição e o propósito comum é a comunhão desses sentimentos e não um resultado determinado, como a formação de patrimônio.

A analogia buscada no direito obrigacional pelos julgadores, com o intuito de dar um fundamento legal e justificar a divisão patrimonial nas relações homoafetivas, denota tão somente uma certa criatividade e um artificialismo e não se coaduna com a verdadeira *ratio* da união e com os novos auspícios principiológicos instaurados pela Constituição da República, embora essa construção jurisprudencial tenha sido, de certa forma, significativa na evolução jurisprudencial e doutrinária.

Em especial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)²⁶³ tem se posicionado favoravelmente ao reconhecimento judicial de uniões homoafetivas, em geral, sob os seguintes argumentos:

- a homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família;
- a união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos;
- a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

²⁶⁰ Sumula 380. “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

²⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA (TJBA). 3ª CC. Apelação cível n. 16313/99. Rel. Mario Albiani. *DJ*, 04 abr. 2001.

²⁶² TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF), 5ª Reg. 3ª T. Acórdão n. 334141. Relator Francisco Cavalcanti. *DJ*, Recife, 27 jul. 2004. p. 286.

²⁶³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 7ª CC. Apelação cível n. 7001283675. Relator Des. Maria Berenice Dias. *DJ*, 21 dez. 2005.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função da orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano.

A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, *caput*) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual.

A Carta Maior é a norma hipotética fundamental que confere validade a todo o ordenamento jurídico, da qual a dignidade da pessoa humana é princípio basilar vinculado umbilicalmente aos direitos fundamentais. Portanto, tal princípio é norma orientadora e condicional, tanto para a própria existência, como para a aplicação do direito, envolvendo o universo jurídico como um todo. Essa norma atua como qualidade inerente, logo indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.²⁶⁴

Nesse passo, os ensinamentos de Sarlet:

[...] Na feliz formulação de Jorge Miranda, o fato de os seres humanos (todos) serem dotados de razão e consciência representa justamente o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade. Também o Tribunal Constitucional da Espanha, inspirado igualmente na Declaração universal, manifestou-se no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.”
Nesta mesma linha situa-se a doutrina de Gunter Durig, considerado um dos principais comentadores da Lei Fundamental da Alemanha da segunda metade do século XX. Segundo este renomado autor, a dignidade da pessoa humana consiste no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.”²⁶⁵

A Constituição da República, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, é a própria salvaguarda dos interesses das uniões homoafetivas. Qualquer entendimento em sentido contrário será eivado de inconstitucionalidade.

²⁶⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 7ª CC. Apelação cível n. 7001283675. Relator Desa. Maria Berenice Dias. *DJ*, 21 dez. 2005.

Não se pode, sob a alegação da ausência de norma específica, afastar a tutela dessas relações, há que se garantir a efetividade da aplicação dos princípios constitucionais, até ulterior manifestação legislativa infraconstitucional. Nesse sentido, há precedentes jurisprudenciais de vanguarda, em especial, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁶⁶.

Nesse diapasão, sustenta-se que o contrato de convivência pode e deve ser utilizado por indivíduos que mantêm uma união homoafetiva estável e que, diante da ausência de normas legais que regulamentem esta união, dada a semelhança e identidade de razão, devem ser aplicadas analogicamente as normas concernentes à União Estável.

Poder-se-ia obter, como já se tratou no presente trabalho, que o art. 226 da Constituição da República não prevê a hipótese de união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas sem razão os que assim se expressam, porque ainda que a Constituição seja compreendida como um sistema de princípios, o que implicaria eventual colisão de princípios, nesse tratamento hermenêutico um deles deve recuar, prevalecendo o de maior peso²⁶⁷, e não há princípios mais importantes que os da igualdade e da não discriminação (art. 3º, IV, CR).

Como bem esclarece Silva, ao tratar do princípio da igualdade:

A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 43-44.

²⁶⁶ Relação homoerótica. União estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Analogia. Princípios gerais do Direito. Visão abrangente das entidades familiares. regras de inclusão. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Inteligência dos artigos 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002. Precedentes Jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 7ª CC. Apelação cível n. 70005488812. Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis. *DJ*, 25 jun. 2003).

União estável homoafetiva. Direito sucessório. Analogia. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos por maioria (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (TJRS). 4º GC. Embargos infringentes n. 70003967676. Relator Desa. Maria Berenice Dias. *DJ*, 09 maio 2003).

²⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jedderson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 101.

receio de que esta expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servidos de base para desequiparação e preconceitos.²⁶⁸

O STF teceu linhas fundamentais a respeito do tema, por ocasião do julgamento da ADI 3.300/MC/DF, DJ de 9/2/2006 em que o Ministro Celso de Melo a despeito de não decidir o mérito da questão, por razões de ordem estritamente formal, foi claro ao reconhecer a relevância do tema do reconhecimento como entidade familiar das uniões estáveis homoafetivas. Na ADI 4277 houve pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do art. 1.723 do Código Civil, para que se reconheça sua incidência também sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família. Sustenta a requerente que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CF), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminação odiosas (art. 3º, inciso V), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica (art. 5º, caput). O presidente do STF, considerando a inexistência de um objeto específico e bem delimitado a ser impugnado pela via da ADPF, conheceu do pedido como ADI, tendo por objeto o art. 1.723 do Código Civil. Foi adotado o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/99.

Em 05 de maio de 2011²⁶⁹, o STF reconhece como família, merecedora de toda a proteção do Estado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Embora a decisão represente grande avanço contra o preconceito e a maldade, não põe fim ao problema, visto que os direitos dos companheiros homossexuais talvez mereçam ser regulamentados pelo legislador.

E mais, em recentíssimo julgado o STJ²⁷⁰ entendeu ser juridicamente possível o reconhecimento de união estável de casal homossexual, reconhecendo que não há óbice no ordenamento jurídico brasileiro para o ajuizamento de demanda com tal fim.

Trata-se de recuso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nos autos de ação declaratória de reconhecimento de união estável. Assevera o tribunal em trecho da ementa da referida decisão que:

“A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união

²⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 223.

²⁶⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277- Arguição de Descumprimento de preceito fundamental n. 132. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 8 maio 2011.

²⁷⁰ Resp.1.183.378/RS. Disponível em stj.gov.br. Acesso em 23.12.2011.

estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas²⁷¹.

A decisão do STJ tem importância histórica eis que se sintoniza com o ideário de família contemporânea, aquela que corresponde a modelos abertos, voltados a satisfação e realização pessoal de seus membros, núcleo de cooperação e solidariedade, nicho de parceria, companheirismo e igualdade.

É passada a hora de abandonar os nichos segregacionistas e repudiar a desigualdade entre os casais homoafetivos e os heterossexuais. O reconhecimento da possibilidade de união estável homoafetiva pelo STJ representa mais um marco para a plena proteção do interesses que decorrem das relações marcadas pela cooperação e pelo afeto que não podem ser menos prestigiadas apenas porque implicam numa condição sexual considerada diferente.

Mas é preciso avançar e colocar em prática os valores de uma sociedade que se diz fraterna, plural e livre de preconceitos. É preciso efetivar concretamente os princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana.

Afirma o Min. João Otávio ao proferir seu voto na comentada decisão²⁷¹ que por não serem proibidas são lícitas as relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo, a merecer perante sistema jurídico brasileiro toda a proteção da lei.

Não obstante, entende o Ministro que o instituto jurídico que mais se aproxima da hipótese tratada nos autos é o regime da união estável entre homem e mulher, por presentes, à exceção da identidade de sexos, todos os demais requisitos necessários ao reconhecimento de uma união estável. Afirma o Ministro que se duas pessoas de mesmo sexo se unem compartilhando conquistas e dificuldades, mantendo uma relação duradoura, pública, contínua e com propósito de constituir família não haveria razão para não se estender a elas igual proteção trazida pelo instituto da união estável entre casais heterossexuais.

O que nos leva ao seguinte questionamento: por que não possibilitar a essas pessoas a possibilidade de se casarem! Por que limitar a proteção conferida a essas pessoas! Por que não possibilitar-lhes a escolha entre o casamento ou a união estável!

²⁷¹ Resp.1.183.378/RS.Disponível em stj.gov.br. Acesso em 23.12.2011.

5 A LEGITIMIDADE DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

5.1 Reflexões sobre a autonomia privada e a liberdade nas relações afetivas

A esfera privada das relações conjugais, ou, melhor dizendo, das relações afetivas, começa a repudiar a insistente e abusiva interferência do Estado. Embora o Estado teimosamente insista em regulamentar de forma estanque as uniões não fundadas no casamento, a realidade é paradoxal. O casamento, que na Antiguidade era essencialmente um fenômeno privado, talvez volte a sê-lo dentro em breve. A autonomia privada, entendida como o poder da vontade no Direito de modo objetivo, concreto e real²⁷², concatenado para a realização de determinadas necessidades dos indivíduos²⁷³, parece iniciar uma reconquista de territórios perdidos.²⁷⁴

Para Villela:

é urgentemente necessário reconhecer que uma ordem jurídica baseada na coerção é indigna da transcendental grandeza do homem. Se se quer para o futuro expressões convivenciais inspiradas no amor e na justiça, na dignidade e na confiança, tem-se que restituir ao homem a superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem da vida em sociedade.²⁷⁵

Verifica-se que nas sociedades atuais os indivíduos têm buscado desprender-se dos vínculos normativos institucionais, das crenças e costumes arraigados, da intromissão do Estado em sua esfera íntima, em prestígio da autonomia privada que tem ganhado assim novas feições, como a luta pelo reconhecimento de diferentes modelos de família, da paternidade socioafetiva, pela redesignação sexual, etc.

De certa forma, isso ocorre porque nas sociedades modernas, há uma busca maior pelo bem estar pessoal e os indivíduos têm demonstrado maior preocupação com a felicidade e a realização pessoal, procurando investir na qualidade de seus relacionamentos. Nesse contexto, percebe-se um crescente inconformismo com as normas prescritas socialmente e uma demanda por maior liberdade de escolha e autogerência da vida pessoal, que irão refletir

²⁷² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 115-116.

²⁷³ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 312-313.

²⁷⁴ FIÚZA, César. Mudanças de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000, p. 37.

²⁷⁵ VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, 1993, p. 31-32.

em uma multitude de situações familiares ou, como diz Flaquer, há a “explosão do ciclo vital da família”²⁷⁶. Vale dizer: rompe-se o paradigma familiar.

Essa ruptura mostra-se intrinsecamente ligada ao desgaste do controle externo das relações familiares realizado pelo Estado, bem como a insuficiência ou falta de efetividade de normas para proteção das novas situações familiares que se revelam. Mas, sobretudo, parece que o amor e o afeto tornaram-se, enfim, mais importantes do que as normas e convenções sociais. Assim, os modelos e formas de família que hoje se apresentam tendem a ser eletivos, no sentido em que são constituídos pela vontade do indivíduo e não correspondem apenas a modelos institucionalizados e estanques.

A história nos revela que nas mais antigas sociedades o poder do Estado na família era mínimo; era o pai o centro do poder, o rei, o juiz e o sacerdote. Nas pequenas comunidades aldeãs ou clãs havia assembleias internas com funções sacras, judiciais e administrativas. No entanto, com o enfraquecer dessas associações, surge o Estado, que, como organismo central, passa a avocar os mais altos poderes, coordenando os interesses privados e familiares como se fossem interesses de toda sociedade. O Estado começa a impor uma série de obrigações e diretrizes à família, como impor ao pai a educação e cuidado dos filhos, estabelecer divisão patrimonial entre os membros da família, fixar obrigação de alimentos, impor deveres múltiplos aos cônjuges, enfim passa a delinear os limites extremos dos poderes familiares. Não obstante, a interferência estatal também deve ter limites, o Estado não pode constituir-se diretamente como detentor e tutor dos interesses privados²⁷⁷.

Segundo Pereira, a intervenção do Estado deve se limitar a promover a tutela da família, oferecendo-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação da vontade, buscando propiciar a seus membros condições para manutenção do núcleo afetivo²⁷⁸.

A autonomia privada, nos termos ora estudados, está intimamente associada aos conceitos de liberdade, autonomia e vontade. Como assinala Amaral,²⁷⁹ um dos pilares do Direito Civil é a liberdade, e a autonomia privada, nos moldes delineados pelo autor, é aquela que reconhece que os atos e relações do indivíduo são aptos a produzirem efeitos no campo do direito. Tratando-se de Direito Civil, Amaral declara que essa liberdade, em seu aspecto objetivo, significa o poder do indivíduo criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhes

²⁷⁶ FLAQUER, Lluís. *El destino de la familia*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 45.

²⁷⁷ COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 216-217.

²⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 157.

o conteúdo e disciplina, podendo optar entre o exercício ou não exercício de seus direitos subjetivos. Sob o ponto de vista sociológico, a liberdade implica ausência de condicionamentos sociais e materiais e sob o aspecto estritamente filosófico, a possibilidade de opção.

A atual concepção da liberdade deve ser entendida, segundo Morais²⁸⁰, sob a perspectiva de privacidade, da intimidade, da possibilidade de exercício da vida privada, da escolha individual.

Certo é que a autonomia privada deverá estar voltada às necessidades sociais, à justiça material e à valorização da dignidade do ser humano, porquanto não deve ficar adstrita exclusivamente às relações jurídicas contratuais. O discurso sobre a autonomia privada há de ser unitário e tocará situações ora patrimoniais, ora existenciais.²⁸¹

Dessa forma, há que se clamar pela autonomia privada também no âmbito do Direito de Família, cujas normas cogentes e imperativas não mais atendem aos anseios da sociedade. Confiar ao Estado a regulamentação estanque das relações familiares e afetivas é negar o primado da liberdade.

Como bem assinala Villela, o casamento, ou qualquer outra forma de associação íntima entre as pessoas, só interessa ao Estado sob dois estritos aspectos: a proteção dos filhos menores e a adequada liquidação de um eventual “patrimônio promíscuo” que se tenha formado durante a convivência. Assim, prossegue o autor, exceto as questões envolvendo menores e divisão de patrimônio, as demais dependem tão somente das pessoas diretamente envolvidas em cada caso “mais precisamente de seus sonhos, de seus gostos, de suas inclinações e até mesmo de seus caprichos e idiossincrasias”²⁸².

A lição reflexiva e precisa de Villela assim continua:

o par que opta por não se casar (podendo fazê-lo gratuitamente quantas vezes queira) e escolhe outra forma de união o faz porque definitivamente não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece. Portanto, haveria que deixá-lo em paz, vivendo seu próprio e personalíssimo projeto de vida amoroso, mas, nas estruturas autoritárias de poder, isso é impensável. Há que regulamentar, regulamentar, regulamentar. Na hipótese concreta, o delírio normativista do Estado traduz-se, por assim dizer, em casar *ex officio* quem não quis casar *motu proprio*, ou seja, submeter

²⁷⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

²⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102.

²⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 276.

²⁸² VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova realidade do direito de família: doutrina e jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: Coado, 1999. t. II, p. 102.

compulsoriamente ao regime legal do casamento, tanto quanto possível, aqueles que deliberadamente fizeram a opção pelo não casamento.

Tanto a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, quanto a mais recente, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, aplicaram o quanto puderam de casamento a todas as formas de convivência. A intervenção na esfera da privacidade amorosa chegou a tal ponto que um diário abriu espaço para que se questionasse ‘se ainda faz sentido celebrar o Dia dos Namorados’, já que, em rigor, até mesmo esta instituição, a um só tempo natural, alegre, espontânea, saudável e indescritível, que é o namoro, parece ter-se convertido em modalidade de casamento.

Há nisso tudo um grande paradoxo: a coexistência de expressões convencionais distintas, uma característica das sociedades pluralistas e dessacralizadas, resulta negada na prática, quando todas elas se submetem às mesmas regras. Quem, podendo casar, prefere a união livre deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras, e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou.²⁸³

A par desta questão, há que se assinalar que o Estado é representativo, é uma abstração, um mito, uma forma de controle social, uma criação histórica daqueles que detêm a hegemonia na sociedade que o apresentam como meio de satisfação de seus interesses²⁸⁴. Nesse contexto, o direito se apresenta como instrumento para alcançar os objetivos dos governantes. Por isso, nas palavras de Coelho “o direito não forma um sistema fechado e coerente, ele está cheio de normas contraditórias, sob a forma de regras ilegais, inconstitucionais, mas eficazes porque são impostas pela autoridade”²⁸⁵.

Ora, teria o Estado, por exemplo, direito de impedir que uma pessoa se separe de outra, caso não se afigurem um dos motivos elencados pela lei, como o adultério, dever de coabitação, etc.? Sob outro giro, o Estado deverá promover investigação de paternidade de todas as crianças registradas sem o nome do pai, como prescreve a Lei nº 8.560/92? Não seriam casos de excesso de interferência na vida privada?

A atividade do Estado, ainda que revestida sob a forma de lei - normas gerais e coativas - quando pautada em “ações sob a forma de providências para uma dada conjuntura de instituições facultativas”, são atos de intromissão e administração nas relações sociais, não direito.²⁸⁶

Mas será necessário um exagerado pluralismo legal para que seja protegida cada situação de fato? Será possível a criação de leis tão elásticas que possam ser capazes de abarcar todos os tipos de relações afetivas da vida cotidiana?

Talvez o esteio da família e das relações afetivas deva repousar nos princípios constitucionais, na medida em que toda e qualquer legislação que se pretenda criar, por mais

²⁸³ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova realidade do direito de família: doutrina e jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: Coado, 1999. t. II, p. 89-105.

²⁸⁴ COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 399.

²⁸⁵ COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 402.

²⁸⁶ COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 106.

ampla que se possa conceber, estará sempre um passo atrás da realidade social, face aos intermináveis perfis que a família assume a cada dia.

Certo é que o Direito de família na contemporaneidade enfrenta a seguinte questão: como determinar o limite entre o público e o privado? A família contemporânea coloca-nos mais perto do que nunca desta indagação. Afinal, o que separa ou determina a intervenção do Estado nas questões de foro mais íntimo das pessoas, e, até que ponto a intervenção do Estado deve se sobrepor na regulamentação das relações afetivas?

Cumprir lembrar que a autonomia privada hoje é compreendida na doutrina como fenómeno de recepção²⁸⁷ o que não implica, no âmbito do Direito de Família, que a autonomia privada se restrinja à mera adesão pelos indivíduos às entidades familiares típicas. Os limites da autonomia privada não podem conduzir à esterilidade. Hoje os limites serão dados pela Constituição e pelos valores e princípios do Estado Democrático de Direito. As entidades familiares não devem ser enclausuradas e compreendidas como *numerus clausus*. A instituição do casamento e da união estável não pode implicar engessamento da evolução das relações afetivas.

A leitura acurada da Constituição da República revela que, ao mencionar o casamento, a união estável e a família monoparental como entidades familiares, o constituinte o fez de forma exemplificativa, sem o escopo de excluir outras formações familiares. Qualquer outra interpretação parece equivocada.

Realinhando o foco, como assevera Habermas²⁸⁸, a autonomia privada só pode ser entendida como elemento de um processo progressivo de efetivação das garantias constitucionais. Deve haver lugar para a produção privada e autónoma de atos jurídicos e essa esfera específica de produção constituirá um Direito reflexivo contra ações orientadas por normas jurídicas materiais.

A composição do direito positivo pelo Estado – cuja racionalização implica a alienação e retificação social – deve ser substituída pela institucionalização de procedimentos que auxiliam os indivíduos a regular, em primeira pessoa, seus interesses.²⁸⁹

Habermas propõe uma liberdade comunicativa, apresentando um novo tipo de legitimidade para o sistema jurídico, apoiada em um arranjo comunicativo, no qual os

²⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 223.

²⁸⁸ HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. New Bakersville: MIT, 1996, p. 210.

participantes de um direito racional devem ter condições de examinar se determinada norma possui ou não a participação de todos os possíveis atingidos, buscando a institucionalização mediante a atividade discursiva na qual os destinatários serão os próprios autores do direito.²⁹⁰

Para Gallupo:

A legitimidade do direito, como decorre do Princípio da Ética do Discurso, só é alcançada se todos os envolvidos por suas normas puderem reconhecer-se simultaneamente como seus autores. E isso só é possível se o sistema de direitos for garantido em alguma medida, uma vez que os cidadãos só podem se reconhecer como autores do discurso se sua participação nos discursos jurídicos não for impedida ou restringida. Apesar de não esgotar o rol dos Direitos Fundamentais, o sistema de direitos permite reinterpretar este rol (inerente a cada constituição histórica) como fundamento de validade de todo o Direito Positivo de um Estado. Ao afirmarmos tratarmos-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas que reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpenetração entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade.²⁹¹

No Estado Democrático de Direito, no qual se propõe uma sociedade inclusiva, a legitimidade da família não está em sua tipicidade, vale dizer, na previsão de seu modelo pela lei. A legitimidade de núcleos familiares atípicos decorre dos princípios constitucionais e da própria argumentação jurídica.

Reside aí a distinção entre o modelo democrático e o autocrático. O Estado Democrático que se ergue sobre o pluralismo e a dignidade da pessoa humana garante que cada um viva de acordo com o estilo que mais lhe convém, definindo com liberdade questões fundamentais da própria vida como os valores pessoais, sua concepção moral, definindo o próprio modelo de família.

O engessamento das normas de direito de família e do direito sucessório conforme previsto no atual sistema deflagram o abismo existente entre a realidade o ideal democrático.

A concepção universal de aspectos da maior intimidade do indivíduo é ultrapassada, o direito à liberdade deve ser exercido da forma mais genuína e peculiar possível. Como já se anotou, a intervenção do Estado ou qualquer outra entidade intermediária na esfera íntima da

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. New Bakersville: MIT, 1996, p. 243.

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. New Bakersville: MIT, 1996. p. 138-139.

²⁹¹ GALLUPO, Marcelo Campos. O que são os direitos fundamentais? *Revista VirtuaJus*, Belo Horizonte, ano 3, 2004. Disponível em: <http://www.pucminas.br/virtuajus_inicio.html>. Acesso em: 02 mar. 2007.

pessoa deve ser repudiada.

O modelo de Estado Democrático pressupõe um espaço reservado e exclusivo para que as pessoas tomem suas decisões pessoais, tuteladas pela tábua principiológica constitucional e imunes a interferências externas normatizadoras.

Como assevera Rodotà²⁹², a antiga virtude do direito privado ressurgiu exatamente no jogo entre regulação e espontaneidade que ofereça grande espaço para as escolhas e autonomia individual.

Nota-se que, embora o direito de família seja eminentemente regido por normas estanques, a jurisprudência e a doutrina há pouco despertaram para o enfrentamento de questões que não comportam solução apenas no bojo estreito da legislação infraconstitucional codificada. É crescente o número de decisões que buscam nos princípios constitucionais e na argumentação jurídica o esteio para sua fundamentação.²⁹³

Deve-se, antes e acima de tudo, respeitar a opção pessoal das pessoas, a liberdade individual de cada um constituir a forma de relacionamento que melhor lhe aprouver, a legítima tentativa de ser feliz, lembrando sempre, com muita cautela, que existem razões individuais, pelas quais as pessoas optam casar ou não, se assim o podem fazê-lo, se escolhem modelos familiares não tradicionais, se buscam a redesignação sexual, enfim, cada qual, conscientemente deve trilhar o caminho escolhido e cabe à sociedade e ao direito evoluir no sentido de oferecer a garantia fundamental de dignidade, de liberdade e de igualdade a estes indivíduos.

De qualquer modo, há que se buscar o equilíbrio. A proteção exacerbada ao indivíduo acaba por separar e dividi-lo de sua família, de sua comunidade, o que é contraproducente. Assinala Balandier, que o individualismo tem levado o indivíduo a ser nômade, vagando sem objetivos definidos à deriva da moda e do prazer imediato.²⁹⁴

O individualismo radical conduz ao descompasso entre o público e o privado, colocando o direito por vezes inerte e incapaz de desempenhar seu papel delimitador diante do “invólucro impenetrável, inviolável e impermeável da esfera individual”, como adverte Lorenzetti:

²⁹² RODOTÀ, Stefano. Lo specchio di Stendhal: Riflessioni sulla riflessioni dei privatisti. *Rivista Critica del Diritto Privato*, Napoli: Jovene, 1997, p. 5.

²⁹³ FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 158-169.

²⁹⁴ BALANDIER, Georges. *El desordem: la teoria del caos y las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa, 1993. p. 210.

É certo que não há certezas, e por isso, não se propõe uma regulamentação substantiva das esferas da vida privada; cada um tem direito a seu castelo inexpurgável. Não obstante progride a ideia de regulamentar as condições para cooperação; passa a um plano relevante o problema das interdependências, e a compatibilidade das decisões individuais com as coletivas.²⁹⁵

A família no Estado Democrático de direito e no ambiente interpretativo que ora se propõe não pode ser compreendida como união sexual, é preciso extrapolar a redação legal e compreender que a sexualidade perdeu importância na estruturação da família, principalmente se se atentar que o objetivo procriativo adquiriu alguma autonomia²⁹⁶.

O núcleo identificador da família não é mais *affectio conjugalis* ou *societatis* e sim o *affectio familiae*²⁹⁷, o elemento nuclear. O núcleo é o afeto; não mais cabendo distinção pelo sexo.

Há necessidade de discussão e reconstrução também dos parâmetros normativos das uniões heterossexuais e não apenas as homoafetivas. A inexistência de sexualidade não retira existência de união afetiva à qual deveria ser reconhecido direito à herança e adoção, por exemplo, a dois irmãos que compartilhem uma vida em comum. A sexualidade na formação da família não é elemento essencial, não devendo gerar exclusão de uniões homoafetivas.

É lamentável que o nosso ordenamento considere apenas entidade familiar tipicamente fundada na “*affectio familiae*” apenas a família monoparental. Tal reconhecimento é acidental e isolado e não reflete as várias manifestações de estruturas familiares assexuadas, como união de irmãos, irmãs, etc.

A limitação da capacidade intelectual do legislador, jurista, juiz não pode ter por consequência a imposição de uma condenação ao cidadão: limitação de sua dignidade. O conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente. Essa tarefa incumbe também ao legislador que para essa concretização encontra-se especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a “criação” ou “recepção” e a “dinamização” da ordem jurídica.

Está de toda sorte o legislador imbuído do papel, tarefa ou encargo de, em cada momento histórico, “ler”, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios “abertos” da

²⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p. 224.

²⁹⁶ ALMEIDA, Renata Barbosa de. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010.p. 113

²⁹⁷ Ou seja, independente de forma, de vínculos formais, interesses patrimoniais, a família existirá se presente o animus de união afetiva comprometida com a promoção de seus membros.

Constituição (tal como, justamente, o princípio da “dignidade da pessoa humana”). Mas, quando é indiscutível (como no caso da união homoafetiva) que o legislador não “concretizou”, e antes “subverteu”, a matriz axiológica constitucional por onde devia orientar-se, é lícito e até compulsório que o Poder Judiciário possa concluir pela inconstitucionalidade das mesmas soluções, sobretudo, há de se reconhecer e se admitir como legítimo, na comunidade jurídica, um “pluralismo” mundividencial ou de concepções.²⁹⁸

Parece que o novo Código já tem cara de velho, embora há de se reconhecer que procurou preservar a coesão familiar fundada no afeto, seja na relação paterno-filial, seja na relação entre cônjuges, numa acepção ampla da palavra. Nesse sentido, o novo direito de família promove, dentre outros, os seguintes princípios:

- a) princípio da dignidade da pessoa humana, base da comunidade familiar, que se dará pela garantia do pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros;²⁹⁹
- b) princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar;
- c) princípio da ruptura.

De certa forma, estes princípios poderiam revelar que o regime de absoluta certeza e estabilidade das normas imperativas e cogentes características do direito de família estaria cedendo espaço à autonomia privada nas relações familiares. Mas a dicotomia presente no novo Estatuto Civil é latente, quando se verifica que, por outro lado, a intervenção do Estado continua tão ou ainda mais presente e imperativa. Parece que este será sempre um dos maiores desafios do direito de família: equilibrar e balancear a autonomia privada e a intervenção estatal.

Com efeito, sob o argumento de que a intervenção é necessária para a promoção de melhores condições de vida de seus membros, o Estado tem disciplinado de forma mais incisiva direitos que, embora assim estabelecidos e regulados na lei, assumem, na maioria dos casos, o caráter de deveres.³⁰⁰

À imposição de deveres, por sua vez, deve se contrapor a efetivação de direitos. Percebe-se que, em diversas situações, as uniões estáveis homoafetivas têm sido reconhecidas tão somente para a imposição de deveres, seja de um companheiro ao outro, como no caso de pensão alimentícia e divisão patrimonial, seja do indivíduo perante o Estado, como no caso da

²⁹⁸ Acórdão n.º 105/90 do Tribunal Constitucional Português. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 23 mar. 2011.

²⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. VI, São Paulo: Saraiva 7.ed. p. 75.

³⁰⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957. p. 14, n. 3.

extensão da regra da inexigibilidade prevista no art. 14, §7º, da CR.³⁰¹

Obviamente, em tal passo, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a existência de relação afetiva estável entre pessoas do mesmo sexo, em decisão inovadora que não só estabeleceu uma analogia, em norma restritiva de direito, como equiparou institutos considerados por alguns como constitucionalmente díspares.

Ora, ainda que se possa ultrapassar, num primeiro momento, a questão se há ou não a mesma *ratio* entre a união estável homossexual e a união estável heterossexual, para considerá-las entidades familiares, estabeleceu a Corte Eleitoral uma relação de coordenação; ou seja, fixou um dever, e, sem perceber, criou uma faculdade, pois, nas relações de coordenação, a todo dever, fixa-se um direito.

Ferraz Júnior ensina que, sistematicamente, nas relações de coordenação, por serem normas de conduta, como no caso em questão, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família e caso tal direito não lhes seja devidamente assegurado, estar-se-ia diante de um ato ilícito, que, como tal, garantiria ao indivíduo a devida reparação por parte do Estado.³⁰²

Nesse diapasão, à inflexão lógica do argumento retrotranscrito, se o Estado, tomando ainda como exemplo a decisão do Superior Tribunal Eleitoral, impôs a dois indivíduos a regra da inelegibilidade, em razão de união homoafetiva estável, aplicando regras de direito de família para a incidência art. 14, §7º, da CR, por óbvio, os parceiros de qualquer união homossexual estável têm o direito de exigir do mesmo Estado as garantias afetas a sua situação familiar, como o direito de adoção; obrigação alimentar recíproca; direito sucessório mútuo e a meação de bens, entre tantos outros direitos familiares.

O reconhecimento de um direito não deve partir, necessariamente, apenas da norma positivada. Um direito pode e deve ser reconhecido sem que haja lei que o preveja explicitamente, como no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas ou ainda aquelas uniões heterossexuais que não são enquadradas no conceito de união estável, porquanto integrante do sistema jurídico na categoria de direitos fundamentais do ser humano. Estes direitos, embora comumente percebidos, poderão apenas posteriormente ser positivados,

³⁰¹ “Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal.” (KUMPEL, Vítor F. Breves reflexões sobre o homossexualismo. *Revista Magister - Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 4, p. 125-131, jan./fev. 2005).

³⁰² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas. 1998. p. 36.

muitas vezes por imposição dos próprios fatos sociais, como revela a história da civilização em constante mutação e evolução.³⁰³

É imperiosa a necessidade dos operadores do direito estarem atentos aos fatos sociais das relações humanas sempre em constante evolução e cada vez mais complexas e aos direitos no Estado Democrático de Direito, que exigem constante releitura e devem informar o ordenamento jurídico brasileiro vigente, sob pena de ruptura total do sistema.

Segundo Freitas, o sistema jurídico consiste em:

uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na lei maior.³⁰⁴

Ainda de acordo com o mencionado autor, toda parte do sistema está conectada com seu todo, e toda interpretação comete a aplicação da totalidade do sistema jurídico, de princípios gerais, de normas e de valores que integram o sistema, sendo que de tal exame conjunto é que melhor solução se dá à concretude, desde que se averigüe qual seja, em cada caso, o interesse mais fundamental, sem se afastar de sua máxima teleológica que é a finalística da realização da Justiça, recolhendo da norma o dever-ser que quis expressar.

Os princípios constitucionais, em especial, o do respeito à dignidade humana importa em tal a generalidade e abstração, que propicia a asserção de que sua interpretação deve ser ampla, móvel e evolutiva, o que implica dizer que não comporta encarceramento, rigidez analisando cada caso como um caso novo, irrepitível como os fatos da história, único e difícil sim, interpretando as normas de todo o sistema jurídico de forma sistematizada e não apenas de forma isolada e literal, também considerando e sopesando princípios e especialmente os valores sociais e jurídicos contemporâneos, para apresentar solução que se apresente como a única adequada e justa que o caso comporta, e que guarde aceitação racional segundo

³⁰³ “Lo que el juez debe averiguar es si la valoración, que sirvió al legislador como determinante de aquella prohibición, era aplicable al nuevo caso planteado y no mencionado; para lo cual debe tambien examinar o analizar los aspectos de las situaciones sociales en relación con aquella valoración. Para llevar a cabo esos dos tipos de averiguaciones recíprocamente relacionadas, emplea un criterio. Ese criterio ya hemos visto que no puede ser el de la lógica tradicional. Ese criterio es el del logos de lo razonable, el logos de lo humano. Ese criterio es, en suma, el método correcto de interpretación jurídica, y, por tanto, el método correcto para la función jurisdiccional” (SICHES, Luis Recaséns. El logos de ‘lo razonable’ como base para la interpretación jurídica. In: DIANOIA: anuario de filosofía. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1956. n. 2, p. 53).

³⁰⁴ FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

entendimento do cidadão médio.³⁰⁵

É fato constatável que há muito, tal como o afirma a doutrina filosófica da Ciência do Direito, não mais tem lugar a postura positivista pura, afirmada por Kelsen, pelo julgador. A busca dos valores de justiça deve estar combinada com uma permanente reiteração das questões da igualdade e da liberdade políticas, que se operará pela garantia de oportunidades aos indivíduos oportunidades que lhes permitam adquirir capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos. Para tal, a isonomia é necessária à atuação do ser humano no sentido de criar e recriar condições que permitam a sua realização como ser típico na sociedade e, ao mesmo tempo, sua liberação dos constrangimentos internos e externos.³⁰⁶

Segundo Gustin, a necessidade humana fundamental do homem contemporâneo é a autonomia, condição básica cujo conceito evoluiu e transformou-se ao longo da história do homem.³⁰⁷

O direito de família na contemporaneidade não pode ser compreendido como ordenamento fechado de normas escritas, aplicáveis mediante um processo interpretativo de subsunção do fato à norma como se essa já trouxesse consigo o seu próprio e completo sentido.

Há uma considerável dificuldade na seara da família em aceitar que os princípios, explícitos ou implícitos, também constituem normas jurídicas. É importante salientar que os princípios, principalmente no Estado Democrático de Direito constituem o fundamento ou a razão de ser das regras jurídicas, o que, desde logo, salienta a procedência daqueles sobre estas. Os princípios possuem aquilo que Canotilho denomina de natureza normogénica, de fundamentação das regras, que nada mais são do que aplicações ou concreções daqueles.

A escassez de decisões fundadas no princípio da dignidade humana deve-se, também, ao receio do operador do direito de que, ao aplicar princípio de tamanha abstração e indeterminabilidade, esteja a invadir terreno que supõe pertencente ao poder político. Como resultado, o julgador, frequentemente, realiza uma interpretação valorativa e mecânica dos textos legais, descomprometida dos ideais de justiça incorporados na Constituição da

³⁰⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

³⁰⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

³⁰⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

República de 1988.

O julgador não deve pressupor que lhe falte legitimidade para, no julgamento de um caso concreto, afastar alguma norma infraconstitucional em prol da aplicação de um princípio constitucional, como o da dignidade humana. Desde que a decisão seja proferida com vistas ao atendimento do interesse público e esteja devidamente fundamentada, legitimada estará a conduta do juiz.

Para que o princípio da dignidade humana não se constitua em mais uma promessa não cumprida pelo Estado e não se desvaneça como mero apelo ético é fundamental sua concretização judicial, através de um constante e renovado trabalho de interpretação/aplicação, que busque dar ao princípio a máxima efetividade.³⁰⁸

Nesse diapasão, não parece coerente com a ordem constitucional a restrição de viabilização de formas de família múltiplas, assim como não parece consistente insistir que o casamento seja uma instituição exclusiva para os pares heterossexuais. A tarefa do intérprete não pode se limitar a aplicação fria e estéril da lei. Sobre isso muito já se disse, mas dotar o sistema de concretude exige esforço e dedicação do jurista para que a aplicação considere os princípios insculpidos pela CR/88. E mais, a leitura do direito há de ser de modo a permitir o desenvolvimento integral da personalidade humana, observando seu bem estar material, cultural, espiritual e social do indivíduo na comunidade onde está inserido.

O tratamento isonômico a todos os indivíduos seja hetero ou homossexuais, a permitir o casamento entre quaisquer indivíduos independente do sexo é exigência que se impõe no horizonte do direito visto não apenas como unidade sistemática formada exclusivamente por normas jurídicas, mas como entidade aberta e dinâmica que constantemente se enriquece e se reconstitui por normas, valores e princípios jurídicos fundamentais resultantes da relação dialética entre a intenção sistemática e a experiência problemática imposta pela realidade social.³⁰⁹

5.2 A realização da família pelos princípios constitucionais

Tradicionalmente, como anota Lorenzetti³¹⁰, os direitos fundamentais referem-se a

³⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça*, Rio de Janeiro, n. 58, p. 35-39, jan./mar. 2004.

³⁰⁹ CORDEIRO. *Da boa fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina. 2007, p. 345.

³¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 253, p. 304.

bens individuais como a liberdade, vida, etc., característicos de uma pessoa. Não obstante, paulatinamente, os bens coletivos, tais como o meio ambiente, patrimônio e, sobretudo, a família, vêm obtendo proteção através dos direitos fundamentais.³¹¹

As transformações contundentes na estrutura sociojurídica do Direito de família foram de tal monta que estes passaram a ser entendidos como direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.³¹²

A realidade social revela, além da já consagrada união estável heterossexual, a existência de pessoas do mesmo sexo convivendo na condição de companheiros, unidos pelo afeto, pelo sentimento comum de pertencerem a um núcleo familiar, que prestam ajuda mútua emocional e financeira, constroem patrimônio e revelam notoriamente ao público a natureza, permita-se dizer, familiar, desta relação.

Além disso, como já foi anotado neste trabalho, o afeto sexual entre os indivíduos não é elemento essencial para caracterização de família, permitindo que outros pequenos núcleos possam gozar deste título.

Ainda que exista um vácuo normativo que regule tais relações afetivas, tal vácuo não deve ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente. E mais, como foi dito no tópico anterior, a ausência de tipicidade não implica ilegitimidade destas relações.

Os propalados princípios das socialidade e eticidade do Código Civil impõem a harmonização de fontes normativas, indispensável à efetividade destes e dos próprios princípios e valores constitucionais. Certo é que o ordenamento deverá ser orientado a partir da principiologia constitucional, especialmente no Direito de Família em que a evolução extraordinária dos fatos choca-se com a apatia do legislador.

Nesse contexto, a incidência direta dos princípios constitucionais no direito de família, em especial a dignidade da pessoa humana (art. 1, III da CR), a solidariedade social, (art. 3, III) e a igualdade substancial deve levar o intérprete a reavaliar e redimensionar as situações jurídicas existenciais.

A família torna-se lócus para a comunhão plena de vida, ou seja, comunhão de afeto, afirmação da dignidade da pessoa humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psíquica, liberdade, e não

³¹¹ A Declaração dos Direitos Humanos prescreve no art. 16.3 a proteção da família e o art. 12 reconhece o direito a constituir uma família.

³¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. I, 1999. p. 13.

discriminação e ainda para promoção do melhor interesse da criança e do adolescente.

É o momento de reconstrução das categorias do direito de família e mais reconstrução da própria família, cujas estruturas, outrora entendidas como definitivas, começam a ruir.

A Constituição da República consagrou definitivamente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, garantindo ainda os direitos fundamentais. Esses princípios, jungidos ao exercício pleno da cidadania, garantido pelo Estado Democrático de Direito, formam o epicentro da nova axiologia constitucional: a promoção e realização espiritual, social e econômica da pessoa humana³¹³, abolindo definitivamente qualquer forma de discriminação entre os indivíduos, e, por consequência, legitimando as entidades familiares atípicas.

O arcabouço constitucional contemporâneo tem se mostrado cada vez mais amplo, na medida em que o ideal normativo codificado parece enfraquecer-se. Apesar do alcance normativo dos códigos, estes instrumentos não se mostram suficientes para alcançar todas as relações jurídicas, razão pela qual a busca contínua em enlaçar um diálogo entre o Código Civil e a Constituição da República no intuito de alcançar princípios comuns que possam equilibrar os direitos fundamentais, as regras institucionais e os valores codificados.³¹⁴

Dessa forma, a Constituição da República ganhou novo *status*, na medida em que passou a ser valorizada também por sua influência nas relações jurídico-civis. Todavia, há quem defenda que ela sustenta apenas normas programáticas incapazes de modificar, *per se*, o conteúdo substancial e impor normas precisas de direito.³¹⁵ Em sentido diametralmente oposto, há autores³¹⁶ que entendem que suas disposições de conteúdo civilista são de aplicação imediata no âmbito privado.

Não obstante essa discussão, o que importa é que a relevância da Constituição da República, como matriz dos direitos e garantias fundamentais, é indiscutível, assim como a importância quase sublime dada à dignidade da pessoa humana.

Para Silva,³¹⁷ como “signo fundamental da democracia”, a igualdade tem sido

³¹³ FIÚZA, César. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coords.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 119-125.

³¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 253.

³¹⁵ VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, 1993. p. 43.

³¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 253.

³¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208.

reconhecida nas Constituições apenas em seu sentido jurídico formal, ou seja, a “igualdade perante a lei” como estampado no art. 5º, *caput* da nossa Carta Magna significa que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, mas admite o autor que se busca uma igualdade jurídica que possa embasar a “realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver”. Assim, o autor assume que se busca não apenas a supressão das diferenças naturais, mas das sociais e econômicas.

Na esteira desse entendimento, Ferreira Filho³¹⁸, ao tratar das “desigualdades constitucionais”, entende que estão vedadas as diferenciações arbitrárias, não havendo violação ao princípio da igualdade se constatadas exigências determinadas por “critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação”.

A consolidar este raciocínio, Perlingieri³¹⁹ para o qual as discrepâncias nas condições sociais e econômicas ensejam formas diversas de tratamento, já que a igualdade de tratamento justifica-se pela “lógica da justiça retributiva”, enquanto a pretendida isonomia prevista na constituição persegue a realização da equivalente dignidade social, em prestígio à liberdade e à cidadania para colimar na justiça social.

Cumprido esclarecer que os constitucionalistas, a exemplo de Silva, diferenciam igualdade formal de igualdade material, sendo a primeira o equivalente à justiça formal que corresponde a um princípio de ação, segundo o qual “seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”³²⁰. Por seu turno, a igualdade material indicaria o que se deve buscar universalmente.

Observa Perlingieri que a igualdade material prevista no parágrafo 1º do art. 3º da Constituição Italiana enuncia uma “revolução praticamente realizada”, enquanto a igualdade material, prevista no parágrafo segundo, expressa uma “revolução prometida”³²¹.

Salienta o autor que é tarefa da República afastar obstáculos de ordem social ou econômica, inibidores da liberdade e igualdade dos cidadãos, que possam impedir o desenvolvimento pleno da pessoa humana e a efetiva participação de todos na organização

³¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 243.

³¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27a. edição - São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208.

³²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 44.

política do país. Assim, prossegue Perlingieri, a igualdade formal seria ineficaz sem o contorno substancial, o que remete à conclusão de que deve haver uma relação conjunta entre as “*duas formas de igualdade*” previstas constitucionalmente.

Se a Carta Magna formalizou imperativamente a igualdade como base de sustentação normativa, caberá à codificação harmonizar as normas e princípios instituídos constitucionalmente. Dessa forma, a existência de posições antinômicas na legislação, deve ser suprimida. O Código Civil preocupou-se em equilibrar certos parâmetros igualitários, ao reconhecer, por exemplo, direitos aos companheiros ou afastando o nefasto tratamento dado aos filhos advindos do casamento, mas revela ainda antinomias.

É até salutar o esforço do legislador em suprir lacunas e alterar artigos, mas a codificação estará sempre a um passo dos reclames dos indivíduos, em especial, no que concerne às relações familiares-afetivas. Em tais casos, devem os princípios constitucionais suprir as antinomias? É o que se propõe no presente trabalho, embora cientes de que, no âmbito do Direito de Família, o intérprete ainda se vê perseguido por valores morais e religiosos arraigados.

5.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com bem assinala Tepedino³²², a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana e implica a não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior.

Nesse diapasão, pode-se entender que a negativa do Estado de reconhecimento das entidades familiares atípicas atenta contra os princípios e valores constitucionais proclamados pelo Estado Democrático de Direito ao violar os direitos fundamentais dos indivíduos de autodeterminarem a própria vida, e, por consequência, ousa-se dizer, acarretam danos aos integrantes destas entidades que deveriam ser ressarcidos pelo Estado.

A injusta violação a uma situação subjetiva extrapatrimonial protegida pelo ordenamento jurídico através de uma cláusula geral de tutela prevista na Constituição Federal implica em caracterização de dano extrapatrimonial³²³.

³²² TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 349.

Realinhando o foco, ressalta-se a lição de Azevedo, para o qual a dignidade da pessoa humana serve como propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como consectários naturais o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver dignamente e o respeito às condições fundamentais de liberdade e igualdade.³²⁴

Assim, ao indivíduo deve-se garantir a vida humana em toda sua amplitude, de forma integral e prioritária, com respeito às escolhas individuais e às formas de concretização da entidade familiar que melhor lhe convier. Não há mais espaço para o encerramento do núcleo familiar no casamento, na união estável e na família monoparental.

Dessa forma, a promoção da dignidade humana há de ser efetivada não somente no âmbito individual, íntimo, mas deve ser garantida socialmente, no exercício da autonomia privada, prestigiando-se a autodeterminação, a liberdade de escolha na constituição, manutenção, extinção e comunhão de vida instituída pelo indivíduo no seio do núcleo que este define como família.

Ao tratar do casamento, o próprio Código Civil estabelece no art. 1.513 que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

A dignidade da pessoa humana compreende a autodeterminação consciente e responsável da própria vida, que se realizará plenamente pelo respeito dessas escolhas por parte do Estado e pela comunidade.³²⁵ Afinal, cada pessoa constitui-se mediante decisão própria³²⁶, eis o caráter dinâmico e construtivo da personalidade. A dignidade será construída mediante a tutela do desenvolvimento da personalidade, o respeito a escolhas peculiares a até exclusivas de coordenar a própria existência.

Esse reconhecimento da liberdade individual como único meio propício a autêntica estruturação pessoal sem imposições externas é que garantirá o livre desenvolvimento da personalidade. A defesa da dignidade pressupõe o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o próprio projeto pessoal,

³²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

³²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 12-21, jan./mar. 2002.

³²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³²⁶ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 157.

situação e possibilidade³²⁷, independentemente de vinculação a um determinado modelo ou “*standard*” atribuído valorativamente por outrem, em especial, sob o manto da intervenção estatal.

Nesse sentido, dignidade é liberdade e autonomia do indivíduo na eleição de seus objetivos e suas respectivas ações, inadmissão de imposição de modelos estanques e arquétipos predeterminados, sobretudo na constituição familiar. Para Lobo a garantia de realização do afeto e da dignidade nas relações de família é imprescindível para a adequação do direito à realidade.³²⁸

Todavia, a realização concreta do valor da pessoa humana não depende apenas do Direito, este deverá trazer instrumentos para a efetividade da dignidade, que, todavia se afirmará, quando se consolidar nos corações e mentes de cada um uma ética altruísta³²⁹ e sensível às diferenças entre os indivíduos e à determinação de suas vidas.

A norma jurídica não se limita a obrigar: também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades,³³⁰ ou, em outras palavras, a interferência do Estado na vida privada não há de ser apenas restritiva, deve ser vista como necessária para promoção de liberdades, promoção da dignidade. Como assinala Chamon Junior³³¹: “O que o princípio da dignidade implica em um caso concreto é o que aquele caso nos diz sob o olhar da liberdade e da igualdade indistintamente reconhecidas a todos.”

5.2.2 Princípio do livre desenvolvimento da pessoa humana

A concepção de família que se pretendeu privilegiar no presente trabalho é de família que exerce função protetiva e promocional em favor de seus membros. Nesse sentido, é a família espaço hábil a fomentar o livre desenvolvimento da pessoa humana, oferecendo a seus membros um refúgio de construção pessoal e intersubjetiva.

Para que de fato a família seja reduto seguro a privilegiar o constante “construir-se” de cada indivíduo, há de se buscar preservar as individualidades de cada membro. Reconhecer

³²⁷ PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: *Portugal – Brasil Ano 2000, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 166.

³²⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, 2004. p. 151-152.

³²⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

³³⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 211.

que cada pessoa é titular de liberdade implica compreender cada pessoa como uma singularidade, um ser idêntico apenas a si mesmo e, nessa medida, carecedor de cuidado peculiar³³², um ser situado adstrito a circunstâncias incomuns, particulares a sua existência que é única.

Reconhece-se assim que cada pessoa, na realidade, não se encontra plena; ao contrário, a existência humana é pautada por um constante pulsar que nos indica que a personalidade não pode se esgotar na ideia de aptidão para ser titular de direito e deveres. A personalidade pode, assim, ser aferida como conjunto de características inerentes ao ser humano que leva a sua individualização e, por isso, merecedora de tutela jurídica.³³³

A pessoa, acentuam Almeida e Rodrigues Júnior³³⁴, não é um ser, mas um tornar-se, é constantemente construída, uma busca perene, diante de sua incompletude. Nesse processo, continua o autor, apreende fatores sociais, identifica necessidades e busca satisfazê-las. Esse frequente ciclo reforça a dinamicidade própria da personalidade. Assim, cada pessoa há de constituir-se segundo decisão própria. Por conseguinte, a formação social consubstanciada na família terá valor constitucional se atender a função de livre desenvolvimento da pessoa.³³⁵

Nesse compasso, a maneira mais genuína de proteger o ser humano é tutelar o desenvolvimento de sua personalidade; corolário bem próximo da ideia de dignidade, a considerar a proteção da diferença de individualidade essencial à natureza humana.³³⁶

Esse processo de estruturação pessoal será autêntico se passar pelo mecanismo de escolhas próprias, formas exclusivas e peculiares de coordenar os diversos fatores da existência. Quando se garante a cada um o direito a seu “vir a ser”, reconhece-se a liberdade.

A proteção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo seu próprio projeto, de acordo com a situação e possibilidade, independente de qualquer modelo, vinculado a uma visão particular de mundo. Liberdade, como aduz Bobbio³³⁷, é poder ser – autodeterminação –, possibilidade de agir sem obstrução, bem como liberdade de não agir sem que seja exigido o contrário.

³³¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno : por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219.

³³² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 180.

³³³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, p.124.

³³⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júri, 2010. p. 46.

³³⁵ PERLINGIERI, PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 43.

³³⁶ PINTO, Paulo Mota Pinto. O Direito Ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: *Portugal- Brasil. Ano 2000, Boletim da Faculdade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 157.

A regra há de ser a liberdade, interferências externas, estatais serão justificáveis, somente quando fundamentadas a fim de garantir iguais liberdades a outras pessoas. Fala-se em presunção a favor da liberdade, só se podem admitir restrições devidamente fundamentadas numa interpretação de preceitos fundamentais. A lógica é válida para a ação humana na constituição familiar: liberdade de eleição de determinado comportamento é fundamental, pois apenas ao interessado cabe o juízo sobre a forma de vida em comunhão que escolheu.³³⁸³³⁹

5.2.3 Princípio da pluralidade de entidades familiares

Neste trabalho, apresentou-se o conceito de família como sugestivo de várias concretizações possíveis. Se o conceito de família ultrapassou a formação constituída com o intuito procriativo e realização de interesses patrimoniais e religiosos para um refúgio eudemonista, certamente não se restringe a uma estrutura única ou singular. Nesse sentido Almeida e Rodrigues Júnior³⁴⁰ declaram: “Com efeito, nas últimas décadas acentuadas transformações socioculturais têm assombrado o conceito de família tradicional das sociedades ocidentais e conduzido à emergência do conceito de novas formas de família.”

A novidade não está no fato social, a multiplicidade de famílias não é realidade atual é fenômeno que se tornou mais visível, em especial com a evolução da sociedade brasileira e a laicização do Estado. A novidade é a recepção pelo ordenamento jurídico de formas outras de família que não o casamento. Nesse sentido, já se assenta o reconhecimento expresso da CR/88, além do casamento da união estável e da família monoparental, tendo o texto constitucional indubitavelmente conferido status jurídico a estas entidades.

No entanto, ainda que louvável a recepção expressa da CR/88 destas famílias, sua inclusão no texto constitucional ensejou o entendimento equivocado, como já se analisou neste trabalho, que as famílias se encerrariam no tríplice modelo: casamento, união estável e família monoparental.

Como se viu, a CR/88 pretendeu inaugurar uma nova seara de proteção à família, a

³³⁷ BOBBIO, Norberto. Liberdade e igualdade. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998, p. 49-51.

³³⁸ PINTO, O Direito Ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: *Portugal- Brasil. Ano 2000, Boletim da Faculdade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 157. p. 202.

³³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A união de pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 85-93, 2000. p. 203.

³⁴⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júri, 2010.p. 51.

refletir seu conceito contemporâneo: comunidade estável e solidária de pessoas, reconhecida socialmente como organismo familiar. Qualquer outra interpretação que infrinja limitação da proteção jurídica a outras entidades familiares que não as descritas textualmente na CR/88 é leviana e equivocada. O fundamento da tutela é o próprio conceito de família.³⁴¹

Toda e qualquer estrutura familiar merece proteção jurídico-constitucional, já que cada forma familiar tem sua própria relevância jurídica e desempenha seu papel funcional de possibilitar o desenvolvimento da pessoa.³⁴²

As disposições normativas em direito de família devem ser lidas à luz de uma interpretação que considere o verdadeiro significado do conceito de família hoje, família como instrumento devotado à tutela existencial das pessoas.

Moldar rigidamente o texto normativo atribuindo-lhe conteúdos herméticos trará uma constante inadequação entre a norma e a realidade. O elenco normativo não traz uma definição de família, seu conteúdo deve ser interpretado consoante os contornos socioculturais de cada povo.

Impõe-se ao aplicador do direito indagar se, sobre determinadas pessoas ou grupos de pessoas em circunstâncias particulares, esse conteúdo deve ser considerado ou não como núcleo familiar, que realidade deverá subsumir à previsão de família, quais os sujeitos titulares dos enumerados direitos subjetivos.³⁴³ Nesse sentido, conclui Almeida:

Tal tarefa hermenêutica e consequente delimitação do conceito de família não se afigura fácil, na medida em que o modo como se organizam as estruturas familiares nas várias sociedades é sobejamente diverso. Por outro lado, a dificuldade interpretativa acentua-se se tivermos em conta as profundas mutações sociais e de costume que se tem verificado com diferentes níveis de intensidade nos diversos países, as quais o interprete não pode ficar indiferente.

Configurando-se o direito como uma realidade viva, como um “construir-se” constante, deverá ajustar-se permanentemente às mutações sociais. Assim, ao intérprete impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousam o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise valorativa e eventualmente retirando do seu próprio enunciado linguístico a proteção dessa nova realidade social.

³⁴¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro, Lúmen Júri, 2010.p. 52.

³⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 244

Ao analisar a proteção ao respeito pela vida privada e familiar pela Corte Europeia de Direitos Humanos, escreve Barreto³⁴⁴ que a interpretação há de ser “auscultadora do pulsar da sociedade europeia”, devendo colocar debaixo do escudo protetor da Convenção Europeia dos Direitos Humanos as novas estruturas familiares que vão se esboçando e salientando na sociedade europeia. Por isso, insiste-se que o art. 226, parágrafo 3 e 4 da CR/88 é meramente exemplificativo e que é na qual podem inserir-se constelações familiares.

O Princípio da pluralidade familiar sob o prisma da força normativa do fato social abre uma nova perspectiva de pluralidade que é não apenas o reconhecimento de várias espécies de família, mas é, em alguns casos, a coexistência de vários núcleos familiares contínuos ou paralelos. Questões a serem propostas talvez para um próximo estudo: um núcleo exclui o outro? A preferência por um ou outro grupo não implicaria tratamento não isonômico? Há como valorá-los se todos hão de buscar a promoção da dignidade de seus membros?

Afinal, como preceitua Diez-Picaso³⁴⁵ o pluralismo significa o desterro de uma unidade de modelo e a garantia da livre possibilidade de adoção da forma preferida de cada um para sua convivência família a orientar qualquer ordenação jurídica. Para o autor, uma sociedade democrática é pluralista, não uma sociedade uniforme, a justificar o reconhecimento das verdadeiras diferenças entre os grupos familiares e quaisquer outras formas de convivência baseadas no afeto e solidariedade, sob pena de não observância do princípio da igualdade e não discriminação.

5.2.4 Princípio da solidariedade

A CR/88³⁴⁶ elenca a solidariedade como um dos objetivos da República. A solidariedade é suscetível de diversas interpretações, sendo praticamente impossível citar uma expressão compreensiva do alcance do (s) seu (s) significado (s), o que revela a oportunidade de verificar qual o sentido que se pretende adotar no presente trabalho. Normalmente apresenta-se como sinônimo de unido, junto, aderido.

³⁴³ ALMEIDA, Suzana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela das novas formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15.

³⁴⁴ BARRETO, Irineu Cabral. *A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 17. Comentários à jurisprudência do novo tribunal Europeu dos direitos do homem. Disponível em: www.echr.coe.int. Acesso em 4 out. 2010.

³⁴⁵ DIEZ-PICASO, Luís. *Família y Derecho*. Madrid: Editora Civitas, 1984. p. 94. Tradução livre.

Pode-se falar em solidariedade em relação a comunidades intermédias dos membros da família em relação à própria família ou em relação a um grupo intermédio com outro maior como o Estado.³⁴⁷

Falar em solidariedade nos moldes ora propostos é privilegiar a autogestão com base no solidarismo. Trata-se de promover a organização no seio da família de modo eficiente a garantir iguais liberdades e igual dignidade a cada um de seus membros. Nesse aspecto, mostra-se em maior amplitude, abrangendo não apenas prestígio à fraternidade ou amizade entre os indivíduos membros da mesma comunidade familiar e também não somente a solidariedade econômica através da contribuição com as despesas domésticas e alimentos. Nessa macroperspectiva, a solidariedade permeia todo o tecido familiar e impõe responsabilidade de seus integrantes perante os outros.

Referindo-se à solidariedade familiar, Mendez Costa citando Fabbri³⁴⁸ destaca que apenas no seio da família se apreende o sentido integral da responsabilidade que se revelará por seu correlativo à solidariedade, muitas vezes expressão do mais profundo amor e gratidão.

Diaz de Guijarro³⁴⁹ enunciou os elementos que caracterizam a família e colocou a solidariedade junto à unidade, ao respeito mútuo, à assistência recíproca e à igualdade.

A noção de solidariedade revela-se assim próxima a ideia de igualdade, pois denota a noção de que cada um tem direito ao respeito inerente a suas qualidades individuais, únicas, respeitadas as pretensões de cada indivíduo de exercer as próprias aptidões pessoais. A tutela do indivíduo, porém não se deve orientar apenas à promoção de seus interesses particulares, ou seja, não há que se privilegiar a preponderância dos interesses exclusivos de cada membro da família, como ser isolado da comunidade onde vive. Nesse sentido, a tutela das diferenças individuais há de considerar o indivíduo pertencente a uma comunidade familiar que também pelo solidarismo deve ser merecedora de igual tutela.

O indivíduo realizar-se-á no grupo familiar em que atua desde que este grupo funcione organicamente para promoção de cada um de seus membros e funcione também pautado a promover a si próprio. A família estará em crise se houver primazia dos interesses particulares e se não estiver fundada em uma rede de valores solidários.³⁵⁰

³⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 36.

³⁴⁸ FABRRI, Enrique E. La familia, núcleo de espiritualidad, em *Critério* In: MÉNDEZ COSTA, Maria Josefa. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal –Culzoni Editores 2006, p. 287.

³⁴⁹ DIAZ DE GUIJARRO. *Tratado de Derecho de Familia*. t. I, N 143, 4 ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.1996, p. 145.Tradução livre.

A ideia de solidariedade funciona assim como uma lei de atração entre cada um dos indivíduos em favor dos outros ao mesmo tempo em que todos trabalham para promover e prestigiar o núcleo familiar. Apresenta-se a solidariedade nesse sentido amplo como a determinação firme e perseverante de cada um de empenhar-se pelo bem comum familiar; quer dizer pelo bem de todos e de cada um (de si) para que todos sejam verdadeiramente responsáveis por todos.

A solidariedade é ínsita ao cooperativismo: ações coordenadas dos membros da família que projetam no núcleo familiar seus anseios e expectativas de realização pessoal que serão alcançados desde que todos trabalhem em prol de si mesmos, em prol do outro e em prol da comunidade familiar. A solidariedade e a igualdade são aspectos de um mesmo valor que o legislador se propõe a atuar: o pleno e livre desenvolvimento da pessoa.³⁵¹

Como rasgo constitutivo da condição humana revela-se pela disponibilidade de responder pelo bem do outro, conquistada ou construída sobre a tendência inata à autosatisfação. A oportunidade do livre desenvolvimento do ser humano na comunidade familiar se dará também pela possibilidade de agir solidariamente, o que lhe permitirá realizar-se, ao agir cooperativamente para o bem de si e para o bem comum da família. Até porque, no núcleo familiar harmônico, o bem comum da família não é contraposto ao bem individual; ambos representam um plano de vida, ainda que variáveis no tempo e no espaço. O bem comum assim compreendido informa a razão de ser da solidariedade, da mútua plenitude e autorrealização.

A formação familiar, através do exercício da autonomia, ao aprovar ou repudiar atos e atividades de seus membros reciprocamente considerados, garantirá, se voltada ao espírito solidarista e cooperativo, o respeito à dignidade das pessoas que dela fazem parte de maneira que se possa consentir a efetiva realização de suas vicissitudes³⁵².

A solidariedade expressa a comunhão ou relação de cooperação que dá sentido à formação familiar, constituindo-se como elemento informador para caracterização da família. A solidariedade, como relação cooperativa e responsável, ao lado da igualdade e da promoção da dignidade é uma dos pilares da família que se pretende prestigiar, que marca definitivamente o repúdio ao modelo autoritário e subordinado entre os membros da família.

³⁵⁰ DA SIERVO, Hugo. *La famiglia nella esperienze costituzionale tra dichiarazioni di principio e realtà normative*. Milano: Giuffrè. 2000.p. 81.Tradução livre.

³⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.41.

³⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 40.

E mais: justifica e fundamenta a formação familiar ainda que não chancelada pelo legislador.

5.2.5 Princípio da dinamicidade da família

A família é autoconstrutiva, reconstrói-se e recompõe-se sobre múltiplas formas e especificidades, nos mais diversos territórios de acordo com as peculiaridades do momento histórico em que se concebe e a ebulição social do momento. A família não é fato jurídico; é fato social. Ao ordenamento jurídico cabe apenas reconhecê-la como tal e não impor-lhe os contornos. Nesse sentido, Puleo³⁵³ afirma que a família é instituição pré-jurídica: surge antes e independente de seu reconhecimento pelo Estado e, mais ainda, é uma expressão direta da natureza de cada sociedade.

O postulado do Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito à liberdade de autodeterminação da dignidade do indivíduo. Com isso não se pretende dizer que o Estado deverá se abster de todo e qualquer tipo de controle, o Estado é o ente controlador da liberdade individual, o que se defende é a observância de limites a este controle para que a atividade do Estado não se revista de caráter autoritário a pautar a evolução da sociedade.

Isso porque a mera imposição de valores³⁵⁴ e consequente restrição à liberdade do indivíduo é técnica de controle social do estado autocrático. O conceito fechado de família é forma de controle nucleativo da sociedade, razão pela qual se defende que o Estado Democrático de Direito deve reconhecer a família como fato social, organismo aberto, mutante e maleável, cujos delineamentos se constroem constantemente no decorrer do tempo, da história e da transformação dos costumes.

A família não pode ser reduzida a uma construção jurídica, é um instituto pré-jurídico, cuja essência não é suscetível de ser abarcada de forma integral pela lei, pertence ao domínio dos valores imateriais, dos afetos, “a família aparece sempre como uma ilha que o mar do direito pode tocar, mas apenas tocar”.³⁵⁵

O reconhecimento da força normativa da família enquanto fato social é fundamental

³⁵³ PULEO, Salvatore. Concetto di famiglia e rivelanza della famiglia naturale. *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, p. 381, 1979. Tradução livre.

³⁵⁴ Crítica-se a concepção axiológica do direito, no entanto, não se afirma que as normas não possam conter valores, mas sua força vinculante não deve decorrer do valor que contém, apenas de o fato de serem normas. As normas não se reduzem a revelar quem somos, mas devem estabelecer um projeto para a nossa própria sociedade.

³⁵⁵ JEMOLO. *La famiglia e il Diritto*. Pagine sparse di Diritto e Storiografia. Milano: Giuffè, 1957, p. 222. Tradução livre.

à consolidação do Estado que se intitula plural. Dessa forma, o conceito jurídico de família também deve ser aberto e não previamente fixado pelo sistema. Importa ao direito reconhecer a normatividade dos núcleos familiares que surgem na sociedade ao invés de relegá-los a uma posição de marginalidade jurídica.

Assim, torna-se imperativo ao Estado o reconhecimento da entidade familiar de fato, uma vez que a família não se define simplesmente como um elenco legislativo, mas como existência fática de nucleação social baseada na cooperação mútua com a finalidade de promover a dignidade de seus membros. Em suma, não é o Estado quem deverá ditar o que é família, sua tarefa é reconhecer a nucleação que tem por finalidade a cooperação e a promoção de seus membros.

Esse horizonte possibilitará que a dignidade na família não seja vista como um valor meramente imposto e perpetuado pelo Estado e, por consequência, restritivo. Permitirá que a dignidade na família seja concebida como o objetivo e fim da entidade familiar.

A intervenção estatal não pode ser justificada apenas pelo controle estatal, a intervenção pode e deve ser promocional. O conceito de intervenção estatal no direito privado brasileiro ainda é um conceito de raízes autocráticas que justifica a restrição da liberdade individual, mas negligencia a promoção da dignidade humana.

Cabe questionar: deve o Estado Democrático de Direito sufocar o fato social? Se o Estado Democrático de Direito é inclusivo, diante de uma entidade familiar atípica lhe é defeso adotar uma atitude excludente. Ao revés, sua atitude deve se revelar inclusiva a fim de acolher a entidade familiar atípica e dar-lhe juridicidade, em vez de negar-lhe existência jurídica.

Ao conferir juridicidade à entidade familiar atípica, automaticamente o Estado lhe dará limites, mas estes não podem ser tais a ponto de negar-lhes existência. A família tem essência metajurídica; não se nega a regulamentação jurídica da família, mas esta será sempre menos eficaz do que em outras realidades.

O art. 226 da CR/88, ao elencar as formas de família, ainda que não seja compreendido como *numerus clausus* representa um avanço incompleto porque não reconhece expressamente a existência jurídica das entidades familiares atípicas e, portanto, não reflete a realidade social ou as famílias de fato. Ainda assim, não se pode olvidar que a CR/88 é um conjunto harmônico, principalmente se se considera seu conteúdo principiológico. Dessa forma, o art. 226 deve ser lido hermeneuticamente considerando os princípios constitucionais que informam todo sistema jurídico brasileiro, em especial os princípios da pluralidade familiar, não discriminação, liberdade e, sobretudo, o princípio da

dignidade da pessoa humana.

A união homoafetiva é união familiar que, embora não tenha origem na lei, tem sua força jurígena no fato social. Não se propõe uma interpretação extensiva da lei, mas que seja reconhecido que a união homoafetiva tem normatividade, como originária de fato social já consolidado. Certo é que a normatividade do fato social provém majoritariamente pela conclusão do processo legislativo, mas a normatividade do fato social também pode ser atribuída pelo processo jurisdicional, desde que argumentativamente encontre princípios que o ampare.

A legitimidade jurídica do costume que passou pelo processo legislativo estará na legitimidade da lei, enquanto a legitimidade do costume pelo processo jurisdicional se dará na construção argumentativa na aplicação dos princípios. A norma é o sentido que se pode encontrar em um costume ou em um texto normativo, que é atribuído por meio da argumentação jurídica, que não se revela pela discricionariedade do juiz no julgamento do caso concreto, mas pressupõe a existência de uma comunidade (jurídica) linguisticamente estruturada, o que significa que este sentido é atribuído por intermédio do discurso e da universalização.³⁵⁶

Reconhecer apenas alguns efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, seja tratando-as como sociedade de fato ou atribuindo-lhe certos efeitos da união estável, não satisfaz as exigências do Estado Democrático de Direito, eis que são espécies de reconhecimento restritivas e discriminatórias, porque reconhece o fato social como produtor de efeitos jurígenos, mas não reconhece o fato social em toda sua completude, ou seja, como forma de entidade familiar atípica.

A crescente inclusão de cláusulas gerais no ordenamento conduz a sustentar que o direito não é originado no que preceitua apenas o legislador; pelo contrário, é um produto de experiências, dos fatos e dos costumes da sociedade, de modo que prever um direito pleno baseado no centralismo jurídico, prevendo todas as condutas-tipo³⁵⁷ facilmente o torna obsoleto, deixando de tutelar os interesses dos sujeitos. Cordeiro³⁵⁸, ao abordar a adequação da

³⁵⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.36, n. 143 jul./set. 1999. p. 208

³⁵⁷ É a chamada técnica da *fattispecie*, utilizada nos ordenamentos oitocentistas, de modo a reduzir o máximo possível a margem da interpretação do operador de direito- os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais – eis que a norma está repleta de imutabilidade para garantir a segurança jurídica, na busca da resposta a todos os problemas que podem surgir na realidade. (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 20. Tradução livre).

³⁵⁸ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 46.

amplitude semântica para o direito acompanhar o fato social, prevê que “ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”. Nas palavras de Canaris³⁵⁹ seria ideal, para acompanhar a evolução social que o sistema legal fosse dotado da ideia de incompletude.

Isso mostra que não se nega que o fato social tem força normativa, mas o seu reconhecimento de forma limitada demonstra a discriminação deste fato social em base valorativa. Em outras palavras, o que impede o reconhecimento das entidades familiares atípicas não é impossibilidade ou negativa de atribuição de força normativa dos fatos, mas o padrão de moralidade existente nos tribunais que não reconhece dignidade a estas entidades.

No contexto do Estado Democrático de Direito, deve-se procurar solucionar os impasses através da aplicação do maior número possível de princípios, só assim uma sociedade pluralista terá sua autoidentidade (também pluralista) preservada. A convergência dos princípios constitucionais apontados no presente trabalho, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da dinamicidade da família, conduz a um só caminho: o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva (como núcleo promocional da dignidade de seus membros).

O direito brasileiro, na sua atual conjuntura e base principiológica permite a tutela dessa dignidade, quem a nega é o jurista: infelizmente constata-se que o direito é mais permeável a mudanças do que o próprio jurista.³⁶⁰

5.2.6 Princípio da intimidade/não interferência na comunhão de vida instituída pela família

Arendt³⁶¹ escreve que o pleno desenvolvimento da vida no lar e na família como espaço interior e privado deve-se ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado em benefício do público, mas compreendeu que estas duas esferas somente poderiam subsistir sob a forma de coexistência. Alerta que o direito à vida íntima e de viver na sombra e na penumbra consistem em direitos da

³⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXIV.

³⁶⁰ Ao abordar a união estável, afirma Reale que, estando as normas consuetudinárias vinculadas a particulares usos e costumes, não se poderia falar em modelo costumeiro, mas esta seria uma visão apequenada e errônea da rica produção de regras de direito brotadas diretamente da sociedade civil, como reiteradas formas de ação social, dotadas de sendo ou sentido autônomo de juridicidade, ora preenchendo lacunas do ordenamento legal, ora abrindo-lhe novas perspectivas de desenvolvimento, sem falar no seu papel mais habitual de inferir das regras legais modalidades imprevistas de comportamento lícito.

³⁶¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução. Mauro Almeida. Rio de Janeiro. Forense. 2001. p. 68

personalidade. Conclui que é válido, portanto, manter fora do alcance do público aquilo que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular.

O CC garante o direito à comunhão plena de vida que deve traduzir-se como garantia à entidade familiar de livre determinação das regras dispostas por seus membros para vigência entre si, para que esta entidade funcione de modo cooperativo, transparecendo a característica comunitária da família que a distingue de mero ajuntamento de pessoas.

A plena comunhão de vida não determina a eliminação da individualidade das partes, cada indivíduo inserido na família não deixara de dispor de uma área de privacidade e liberdade, um espaço próprio que coexiste com espaço da vida em comum.³⁶²

A comunhão plena de vida, como cláusula geral que é, tem a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico e albergar as escolhas individuais tanto na constituição do núcleo familiar como sua dinâmica diária.

Certo é que a opção dos indivíduos por uma entidade familiar homoafetiva, formada por laços cooperação, não deveria estar sujeita a quaisquer diferenciações, eis que reflete tão somente a eleição de uma comunhão plena de vida da forma como lhes convém.

A privacidade do grupo familiar em relação à ingerência de terceiros, sejam sujeitos particulares ou públicos, apresenta-se como uma manifestação de respeito que denota o reconhecimento da importância constitucional dada a formação social familiar, bem como privilegia a dignidade das pessoas que dela fazem parte.³⁶³

É certo que a inserção em grupo familiar produz limitações importantes no campo existencial, todavia a constituição de qualquer vínculo familiar devesse levar aos interessados a tomarem consciência da seriedade do ato que se propõe.³⁶⁴

5.2.7 Princípio da afetividade?

Muito se debate acerca da atribuição ao afeto de qualidade de princípio jurídico orientador do direito de família. O afeto é um sentimento que concorre para a realização da pessoa em seu constante construir-se. Trata-se de aspecto importante e peculiar a se

³⁶² PINHEIRO, J. Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal* (Os deveres conjugais sexuais). Coimbra: Almedina, 2004. p. 444-445.

³⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 183.

³⁶⁴ DUARTE PINHEIRO. Jorge. J. Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal* (Os deveres conjugais sexuais). Coimbra: Almedina, 2004. p. 424.

considerar no estudo das relações familiares. A relevância do afeto como elemento caracterizador e informador da família parece indiscutível.

A questão, realinhando o foco, torna-se polêmica quando se pretende atribuir ao afeto atributo de princípio jurídico. Princípios têm conteúdo normativo, pertencem ao plano deontológico e possuem tons de coercibilidade, importam num dever-ser, que propõe uma avaliação de lícito ou ilícito³⁶⁵.

Pode-se impor a alguém que tenha afeto e demonstre afeto à outra pessoa? O Direito é capaz de solucionar a ausência de afeto? Seria matéria de direito preconizar a imposição de afeto numa relação familiar? Como fará o direito para exigir a existência de afeto? Tratar-se-ia a falta de afeto de ato ilícito a gerar responsabilidade civil e conseqüente reparação?

A afetividade apresenta-se como elo propulsor e justificativa das próprias relações familiares. Em diversas situações, tem o condão de caracterizar uma situação familiar, ainda quando não reconhecida pelo texto legal. É elemento que demonstra ânimo intersubjetivo de formação da família. Em que pese sua importância como fator de percepção de formações e relações familiares, não parece que tenha natureza normativa e sim se apresenta como um valor a ser considerado e desejado. E valores pertencem ao âmbito da axiologia, a refletir o conceito de bom e suas avaliações serão consideradas a partir do melhor ou pior.³⁶⁶

O princípio como dever-ser é para todos, é vinculativo e não admite juízo acerca da sua qualidade, já o valor exprime uma avaliação que não permite aplicá-lo cogentemente a todos indistintamente. Aquilo que é bom para uns, não o será para outros, embora possam indicar relações de preferência. Os valores não indicam conseqüências jurídicas pelo seu não cumprimento porque o comportamento que revela é desejado, mas não tem caráter normativo.

O afeto é merecedor de atenção jurídica porque pode se tornar elemento constitutivo das relações familiares desde que espontâneo e fruto da autonomia privada. É um sentimento de disposição e entrega emocional cuja regulamentação escapa ao objeto do direito. Uma vez imposto não será genuíno, se não for sincero, não guardará as qualidades que lhe são inerentes, como, por exemplo, de instrumento de plena formação do ser humano.

O afeto por ser sentimento natural e inerente ao ser humano talvez deva ser trabalhado por outras ciências, como a psicologia, mas não parece que o Direito seja competente para resolver os conflitos decorrentes da ausência, ou falta de intensidade do afeto

³⁶⁵ LANA, Fernanda Campos Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR. Walsir Edson. O direito e a falta de afeto nas relações paterno-filiais. In: Atualidades IV. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2010, p. 267.

³⁶⁶ LANA. Fernanda Campos Cerqueira. RODRIGUES JUNIOR. Walsir Edson. O direito e a falta de afeto nas relações paterno-filiais. In: Atualidades IV. Belo Horizonte, Editora Del Rey. 2010, p. 266.

entre os membros da família.

O caráter de juridicidade do afeto relaciona-se tão somente como critério de interpretação, se observadas as consequências que sua existência ou não pode gerar em determinadas circunstâncias, como é o caso da possibilidade dos cônjuges colocarem fim a uma relação matrimonial quando ausente o afeto.

A análise da afetividade como princípio não parece adequada, porque imporia novos parâmetros na solução de conflitos familiares ao determinar direitos e deveres que seriam decorrentes de um sentimento de natureza espontânea.

A concepção do Estado Democrático de Direito pressupõe que o modelo constitucional não seja rígido a ponto de induzir ao dogmatismo e a imposição de receitas morais. Ao contrário é a Constituição no Estado Democrático um marco de convivência política, que deve possibilitar um compromisso entre diferentes visões, buscando um modo pluralista de enfrentar os problemas.

Essa concepção plural e de certo modo flexível, como já dito, encontra sustentação nos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais. Os parâmetros normativos adequados a orientar as reflexões no direito de família no âmbito das sociedades nacionais democráticas são os direitos fundamentais e princípios constitucionais como expressão de um núcleo fundamental de valores partilhados pela sociedade e consagrados na Constituição e no âmbito internacional; os direitos humanos, como expressão de um mínimo normativo possível a ser compartilhado por distintas sociedades nacionais e culturais.³⁶⁷

O reconhecimento da força normativa da família como fato social é fundamental à consolidação do Estado que se intitula plural. Dessa forma, o conceito jurídico de família também deve ser aberto e não previamente fixado pelo sistema. Importa ao direito reconhecer a normatividade dos núcleos familiares que surgem na sociedade ao invés de relegá-los a uma posição de marginalidade jurídica.

Embora associe a consagração do casamento de pessoas do mesmo sexo a um risco de “fragmentação moral da sociedade” Machado³⁶⁸ reconhece que os princípios constitucionais da autonomia, da igualdade e neutralidade ideológica do Estado não são incompatíveis com uma definição não heterossexual do casamento.

³⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.36, n. 143 jul./set. 1999. p. 208.

³⁶⁸ MACHADO, Jonatas. *A (in) definição do casamento no Estado Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p 35.

5.3 Ressistematização e funcionalização do Direito de Família

A base da proteção da família encerra-se hoje na tutela constitucional. A família deverá ser interpretada dentro do contexto principiológico inserido na Carta da República, em especial, pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade.

Demais disso, além do processo de despatrimonialização pelo que passa o direito de família, há que se buscar a funcionalização da família, instrumento de promoção da dignidade. Nesse sentido, o Direito de Família será instrumento não apenas de proteção ao indivíduo, mas funcionará como garantia das escolhas individuais nas relações afetivas e como limitador ao abuso de poder.

A adoção da principiologia constitucional, todavia, pressupõe a repolitização do Direito, a preocupação com o conteúdo das normas, a aceitação do pluralismo jurídico e a legitimação da ordem jurídica.³⁶⁹

O Direito de família, em sua concepção constitucionalizada, mostra-se como um sistema aberto, que se alimenta também da atividade jurisdicional criadora, razão pela qual não pode ser trabalhado como mero ato mecânico de aplicação da lei, afinal, o sistema jurídico é dialético, não dedutivo.³⁷⁰ Nesse diapasão, a lógica da interpretação jurídica deve ser argumentativa e não dedutiva.³⁷¹

Neste contexto, a família contemporânea, fundada essencialmente na cooperação, ao assumir novos contornos, deve estar liberta das amarras impostas pela própria sociedade e pelo sistema jurídico encerrado. A promoção da dignidade humana se realizará, no seio da família, pelo reconhecimento pleno das opções individuais, seja na forma de constituição da unidade familiar, seja na forma de conduta de seus membros ou na regulamentação do patrimônio.

Dessa forma, o contrato de convivência poderá ser um instrumento de ampliação, divulgação e construção do direito de família, norteador interpretações mais condizentes com a funcionalidade do próprio direito de família, como centro de promoção da dignidade

³⁶⁹ AMARAL, Francisco. Transformações dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. *O Direito*, ano 129, v. I, n. II, 1997. Separata. p. 44-45.

³⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 79..

³⁷¹ FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*, Belo Horizonte. Editora Del Rey.2004.p 33.

humana, na busca de uma construção sistêmica coerente.

Certo é que a solução dada a cada caso não poderá contrariar frontalmente o sistema vigente, há limites à argumentação, limites esses que são pautados pelos direitos fundamentais.³⁷²

Ademais, como bem pondera Lorenzetti não se pode conceber a autonomia privada como fenômeno essencialmente de criação jurídica, mas como fenômeno de recepção jurídica. O indivíduo incorpora ou reinterpreta o conjunto normativo existente, o que implica em aceitação de seus pressupostos.³⁷³

A busca pela composição dos interesses conflitantes decorrentes das relações afetivas passará por várias soluções jurídicas possíveis, mas deverá se satisfazer na solução que seja a mais convincente dentre aquelas coerentes com seu elemento legitimador.

O espaço normativo da interpretação jurídica pressupõe a legitimação da norma jurídica criada. Assim, ainda na lição de Leal, a decisão, na democracia juridicamente institucionalizada, não pode preterir os direitos fundamentais, que funcionam como verdadeiros limites à atividade interpretativa e não apenas elementos constitucionais de construção hermenêutica.³⁷⁴

Para tanto, prossegue o autor, faz-se necessária a transição da concepção do Estado como entidade, para a concepção de Estado como espaço processualmente demarcado à discursividade: produção, recriação e aplicação dos direitos positivados.

Em um sistema aberto-problemático a construção da norma será a partir da interpretação do sistema jurídico, de seus princípios, valores e regras, e sua consequente aplicação à realidade fático jurídica.³⁷⁵

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito devem ser vistos como princípios normativos, “meios lógico-jurídicos positivados no instrumento constitucional”, que não podem ser preteridos pela faticidade da atividade jurisdicional e não apenas como valores ou “ideário de artificios para decisões prodigiosas”³⁷⁶.

A interpretação da norma de forma a aproximar-se do princípio por ela fixado não é opção, mas pressuposto de legitimidade da solução jurídica. Assim, o princípio da

³⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 148-149.

³⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 253..

³⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, São Paulo: Landy, 2002, p. 148-149.p. 152.

³⁷⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-171.

funcionalidade do direito subjetivo é o elemento legitimador da própria regra, de forma que o que vem explícito no princípio vem implícito na regra.³⁷⁷ Assim, o princípio deve ser observado pelo jurista, pelo juiz e pelo legislador.³⁷⁸

Talvez, a evolução do Direito de Família se dará pela vinculação do sistema jurídico a partir do problema³⁷⁹, considerando-se que sempre haverá uma pluralidade de soluções para o caso concreto. Não se pode olvidar que os efeitos jurídicos produzidos pela decisão terão direto impacto na realidade fática. Nesse quadro, não é satisfatório ou suficiente que a decisão seja coerente apenas no âmbito do sistema jurídico, deve ser adequada em relação às consequências produzidas ou que irá produzir no mundo real.³⁸⁰

O Judiciário, ainda que em decisões isoladas, parece começar a tomar ciência desta realidade, exemplo disso é pronunciamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça, em decisão que determinou o direito à partilha de bens adquiridos por parceiros em vista de sua mútua colaboração. Nessa decisão, pondera o Ministro que, diante do cenário que se apresenta tanto no exterior como no Brasil, em que os fatos têm evoluído de forma célere e determinada no sentido da propagação de uniões livres entre pessoas inclusive do mesmo sexo, o direito não pode manter-se estático, mas deve evoluir de acordo com o aperfeiçoamento cultural do povo, não podendo o Judiciário, ante esses expressivos fatos sociais, quedar-se inerte, como mero espectador, diante de situações que desafiam justas decisões jurídicas e sua imprescindível intervenção, mesmo porque, agindo diferentemente, estar-se-ia violando o preceito constitucional contido no artigo 3º da Carta Magna, segundo o qual constitui, dentre outros, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe que o Judiciário retrabalhe construtivamente os princípios e regras do sistema para que possa satisfazer cumulativamente:

a) exigência de reforçar a crença na legalidade entendida como segurança jurídica;

³⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Jurídica Unijus*, Uberaba, v. 6, 2003. p. 47.

³⁷⁷ POLI, Leonardo Macedo. *Direito Autoral Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 150.

³⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo, Ed. Ver. dos Tribunais, 1998, p. 253.

³⁷⁹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 99.

³⁸⁰ FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*, Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2004. p. 55.

b) o sentimento de justiça realizada, que se dará pela adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.³⁸¹

Nesse sentido, eventual direito que se revista de caráter essencialmente protetivo e que mascare, de alguma forma, o imediato atendimento de direito fundamental de cada integrante do núcleo familiar será “excludente de compreensão da constitucionalidade democrática”³⁸².

No entanto, para que o princípio da funcionalidade do direito de família, nos moldes ora propostos, não seja usado meramente como instrumento para imposições ideológicas, é imprescindível o atendimento aos direitos fundamentais para que o indivíduo esteja apto a debater seus direitos, procedimentalmente em condições argumentativas isonômicas.³⁸³

O paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito reclama a construção de uma cidadania como pressuposto da instituição da família a partir de atendimento dos direitos fundamentais já “líquidos, certos e exigíveis”, eis que já assegurados constitucionalmente.³⁸⁴

³⁸¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3.1999, p. 473-486.

³⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV. *Anais ...* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 602.

³⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista Jurídica Unijus*, Rio de Janeiro. 2010. p. 44-45.

³⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IV. *Anais ...*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 601.

6 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar a possibilidade ou não do casamento entre pessoas do mesmo sexo, considerando o ordenamento jurídico brasileiro e a concepção atual de família. Para tanto, foi analisada a evolução histórica da família, sua principiologia, e as diversas formas de família existentes na sociedade brasileira contemporânea. O trabalho buscou delinear também um conceito de família fundado nos princípios constitucionais e no caráter cooperativo e solidarista desse núcleo. O trabalho analisou também, ainda que de forma breve, alguns efeitos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo, noticiando os últimos entendimentos jurisprudenciais do STF e do STJ sobre o tema.

A sistematização dada ao trabalho procurou buscar as origens da família e mostrar que a família, independentemente dos contornos que assuma, deve promover o pleno desenvolvimento de seus membros. Dessa forma, a pesquisadora buscou para a construção da tese inspiração no próprio movimento constante da família, no seu caráter dinâmico e autoconstrutivo, o que levou à demonstração da desconstrução e reconstrução possível do instituto, ou contrato de casamento.

Na primeira fase do texto, verificam-se os fundamentos e valores que inspiraram inicialmente a própria união das pessoas para formação de uma família. Na segunda, verificou-se que houve uma transformação paradigmática, que possibilitou a ampliação do conteúdo do aspecto familiar que deixou de repousar exclusivamente no casamento. Na terceira, buscou-se a reconstrução do próprio casamento propondo a possibilidade de sua realização independente do elemento heterossexualidade entre seus membros. Procurou-se assim uma reaproximação do direito de família e seus princípios e às normas constitucionais fundamentais.

Assim, inicialmente buscou-se a análise dos princípios de família que norteiam o atual sistema civilístico e sua importância para promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Passou-se também à análise da intervenção do Estado nas situações jurídicas existenciais, analisando-se a corrosão natural entre intervenção do Estado e a autonomia privada. a ampliação da tutela com a ampliação do conteúdo desse valor existencial pela promoção da dignidade humana.

Noutra parte, foi estudado como os princípios hoje aplicáveis ao direito de família devem trabalhar para ampliar seu espectro e conseqüentemente buscar atribuir ao indivíduo o amplo desenvolvimento de sua personalidade através da possibilidade de livres escolhas para

cada projeto de vida.

Procurou-se demonstrar que, para além da despatrimonialização do direito de família, há que se buscar a funcionalização da própria família que deve servir de instrumento primeiro de promoção da dignidade, funcionando como garantia das escolhas individuais nas relações afetivas e como limitador ao abuso de poder.

O trabalho buscou demonstrar que a adoção da principiologia constitucional pressupõe a repolitização do Direito, a preocupação com o conteúdo das normas, a aceitação do pluralismo jurídico e a legitimação dos fatos sociais.

Estudando o direito de família, em sua concepção constitucionalizada, mostrou-se que a família é um conceito dinâmico, sistema aberto, que se alimenta do fato social, mas que não dispensa a atividade jurisdicional por vezes criadora.

Foi verificado que reconhecer alguns efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, atribuindo-lhe os efeitos da união estável não satisfaz as exigências do Estado Democrático de Direito, eis que esse reconhecimento é restritivo e discriminatório, porque reconhece o fato social como produtor de efeitos jurídicos, mas não reconhece o fato social em toda sua completude, ou seja, como forma de escolha individual que deveria possibilitar também a opção de seus membros de se casarem.

Buscou-se demonstrar que a crescente inclusão de cláusulas gerais no ordenamento conduz a sustentar que o direito não é originado no que preceitua apenas o legislador; pelo contrário, é um produto de experiências, dos fatos e dos costumes da sociedade, de modo que prever um direito pleno baseado no centralismo jurídico, prevendo todas as condutas, como *standards* a serem seguidos, torna obsoleto, deixando de tutelar os interesses dos sujeitos.

Isso mostrou que não se nega que o fato social tem força normativa, mas o seu reconhecimento de forma limitada demonstra a discriminação deste fato social em base valorativa, o que impede o reconhecimento da possibilidade de tutela ampla às uniões homoafetivas.

O trabalho procurou explicar que, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve-se procurar solucionar os impasses através da aplicação do maior número possível de princípios, só assim uma sociedade pluralista terá sua autoidentidade (também pluralista) preservada. A convergência dos princípios constitucionais apontados no presente trabalho, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da dinamicidade da família, conduz a um só caminho: o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva como núcleo promocional da dignidade de seus membros. o que permite o casamento entre seus membros.

Assim, o presente estudo possibilitou, em linhas gerais, a formulação das seguintes

conclusões:

1) Se a CR/88 optou por consagrar uma das vias de realização de um plano pessoal de vida através do direito fundamental ao casamento, o legislador ordinário não pode excluir, quanto ao casamento, uma parte significativa da população.

2) A partir do texto constitucional, pode-se dizer hoje que a dignidade da pessoa humana (quer em sentido estático, quer em sentido dinâmico) aponta para a garantia ao pleno e livre desenvolvimento da personalidade.

3) Perante um quadro constitucional pluralista que consagra iguais liberdades, a necessidade de se proteger grupos de pessoas silenciados pelas suas legítimas formas de vida, deve alterar critérios históricos de interpretação, a proibir discriminações em razão de orientação sexual e consagrando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

4) O legislador está obrigado a perseguir o comando constitucional da igualdade e deve fazê-lo com respeito pelo princípio da proporcionalidade. A persistir o entendimento que o Código Civil não permite aos casais homossexuais ascenderem ao casamento, estará o legislador em manifesta inconstitucionalidade por deixar a descoberto, sem fundamentação para tanto, uma categoria de pessoas.

5) A forma mais adequada de promover a igualdade entre casais homossexuais e heterossexuais é, precisamente, enquadrá-los no mesmo instituto.

6) O sistema jurídico há de ser visto como um organismo social e dinâmico suficientemente aberto e amadurecido, que, reconhecendo a sua incompletude, acolhe os problemas que se renovam sem prejuízo de sua ordenação sistemática.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- ALMEIDA, Renata Barbosa. Invalidades Matrimoniais: revisão de sua disciplina jurídica em face do novo conceito de família. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 97.
- ALMEIDA, Suzana. **O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem**: a tutela das novas formas de família. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- ALPA, Guido. **Introduzione allo studio critico del diritto privato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 12-21, jan./mar. 2002.
- BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil**: famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos direitos do homem anotada**: comentários à jurisprudência do novo tribunal europeu dos direitos do homem. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 17. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_En>. Acesso em 4 out. 2010.
- BARROS, Sergio Resende de. **Direitos humanos e direito de família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=85>>. Acesso em 4 out. 2010.
- BELLUSCIO, César Augusto. **Manual de derecho de familia**. 6 ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- BÍBLIA. **Bíblia Sagrada**. Antigo e Novo Testamento. Traduzido por: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão Cultural do Livro. São Paulo: Paulinas, 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Liberdade e igualdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.
- BOSSERT, Gustavo. **Concubinato**. Buenos Aires: Editora Obbis, 1968.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. XXIV.

CAPARELLI, Julio César. **Manual sobre o matrimonio no direito canônico**. São Paulo: Paulinas, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 473-486. 1999.

CHAMON JUNIOR. Lúcio Antonio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico discursiva na alta modernidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

COGLIOLO, Pietro. **Lições de filosofia e de direito privado**. Tradução Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

REAL, Carlos Pamplona Corte; PEREIRA, José Silva. **Direito da família: tópicos para uma reflexão crítica**. Lisboa: AAFDL, 2008.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Meneses. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. A união estável e os direitos e deveres recíprocos dos companheiros. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 92, p. 54-61, 1997.

DA SIERVO, Hugo. **La famiglia nella esperienze costituzionale tra dichiarazioni di principio e realtà normative**. Milano: Giuffrè, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Amor proibido**. Porto Alegre. Disponível em: <[http://www.maria-berenice.com.br/uploads/5_-_amor_proibido\(1\).pdf](http://www.maria-berenice.com.br/uploads/5_-_amor_proibido(1).pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2010.

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. **Tratado de derecho de família**. 4 ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1996. t. 1.

DIEZ-PICASO, Luís. **Família y derecho**. Madrid: Editora Civitas, 1984.

PINHEIRO. Jorge Durte. **O direito de família contemporâneo**. 3.ed. Lisboa: AAFDL. 2010.

ENGLES, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**. Tradução Ruth M. Sao Paulo: Klauss Centauro, 2009.

FABRRI, Enrique E. La família, núcleo de espiritualidad, em Critério In: MÉNDEZ COSTA, Maria Josefa. **Los principios jurídicos en las relaciones de família**. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2006.

FACCHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Mariana de Oliveira; MAIA, Ana Claudia Bortolozzi. **Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica**. Porto Alegre: Juruá, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FIÚZA, César. Direito Civil. **Curso completo**. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FIÚZA, César. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coord.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu e outros trabalhos**. São Paulo: Imago, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo, uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a.36, n. 143, p. 194-209, jul./set. 1999.

GOMES, Canotilho; VITAL Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2007. v. 1.

GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Bem de família segundo o novo Código Civil: análise comparativa com a Lei 8009/80. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernanda Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n.1, p. 123, jun. 1999.

IRTI, Natalino. **L' età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JEMOLO. A.C. **La famiglia e il Diritto**. Pagine saparse di Diritto e Storiografia. Milano: Giuffè, 1957.

LACAN, Jacques. **Os complexos familiares na formação do indivíduo**. Tradução Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silveira Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LANA, Fernanda Campos Cerqueira; RODRIGUES JÚNIOR. Walsir Edson. O direito e a falta de afeto nas relações paterno-filiais. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades IV**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 7-23, jun./dez. 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das famílias**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Saraiva. 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 4, 2004. Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO. Jonatas. **A (in) definição do casamento no estado constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **A nova democracia e os direitos fundamentais**. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/2748/a_nova_democracia_e_os_direitos_fundamentais>. Acesso em: 21 jan. 2011.

MEDINA, Graciela. **Uniones de hecho homosexuales**. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2008.

MIRANDA, Jorge; Medeiros, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito de família: direito matrimonial**. Campinas: Bookseller, 1989. v. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união de pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, v.1, n.2, p. 124, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 1989.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Direito de família contemporâneo**. 3. ed. Lisboa: Editora A.A.F.D., 2007.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais**. Coimbra: Almedina, 2000.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. In: Portugal – Brasil Ano 2000, **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, v. 2, p. 98, jan. 1999.

PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado práctico de derecho civil francés**. Tradução ao espanhol de Mário Diaz Cruz. Havana: Cultural, 1946. v. 6.

- POLI, Leonardo Macedo. **Direito autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- PULEO, Salvatore. Concetto di famiglia e rivelanza della famiglia naturale. **Rivista di Diritto Civile**. n. 1, p. 381, 1979.
- RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 1.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.
- SAVATIER, René. **Le droit de l'art et des lettres**. Paris: Libr. Gén. de Droit e de Jur., 1953.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Direito da família e das sucessões**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade & consenso**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. União entre pessoas do mesmo sexo. **Informa Jurídico PGFN**, v. 2, n. 22, p. 58-63, jan. 2001.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A disciplina jurídica da autoridade parental no direito civil contemporâneo**. 2004. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo civil como pressuposto de uma justiça melhor. **Ajuris**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 80, p. 231, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível 70006235287. Relator Desa. Maria Berenice Dias. **Diário de Justiça**, Porto Alegre, 16 jul. 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=uni%E3o+homoafetiva&tb=jurisnova&partialfields=tribunal>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

VELOSO, Zeno. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2002. v. 17.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Atlas. 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 8.ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2008.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da união estável**. São Paulo: Saraiva, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 1, p. 134, jan. 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A proteção de natureza cautelar aos direitos dos conviventes. **Revista Trimestral de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 113, p. 213-223, jan./fev. 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.