

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Eduardo Bauermann

A (IM) POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO
HOMOAFETIVA EM CASAMENTO: UM OLHAR SOBRE O
PANORAMA JURÍDICO ATUAL

Passo Fundo
2012

Eduardo Bauermann

A (IM) POSSIBILIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO
HOMOAFETIVA EM CASAMENTO: UM OLHAR SOBRE O
PANORAMA JURÍDICO ATUAL

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação da
professora Me. Renata Holzbach Tagliari.

Passo Fundo
2012

Ao meu pai Diter e a minha mãe Adenires, pelo carinho e suporte em minha vida e na jornada acadêmica, igualmente a minha mestre jurídica Renata, agradeço profundamente e, com muito afeto dedico este trabalho.

“Teu dever é lutar pelo direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça.”

Eduardo Juan Couture

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo, pesquisar sobre a possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo em face do panorama jurídico atual, ou seja, modificando a forma tradicional. A decisão do Supremo Tribunal Federal considerando os relacionamentos estáveis homoafetivos como entidade familiar, sujeitos ao regime jurídico da união estável, fez elevar à discussão sobre a possibilidade do casamento homoafetivo. Para analisar a problemática pesquisou-se o conceito atual de família, sua função, o histórico social e jurídico referente à homoafetividade, a garantia do direito à diferença, bem como os objetivos do matrimônio e a análise das correntes divergentes que debatem: a manutenção da forma tradicional do casamento ou a possibilidade de renovação da perspectiva, fundamentando o estudo na doutrina, legislação e jurisprudência. O marco teórico é o respeito aos direitos fundamentais, com o entendimento de existir um direito de autodeterminação sexual, e a aplicação da analogia ou interpretação extensiva frente a omissão legislativa. O método de abordagem utilizado foi o hipotético dedutivo, o método de procedimento é eminentemente bibliográfico. Do estudo conclui-se pela possibilidade jurídica do casamento civil homoafetivo, não havendo necessidade de diversidade de sexo, visto que o casamento é instituto civil, por não haver norma negativa excludente quanto à identidade de sexos, e pela interpretação da norma de acordo com os princípios constitucionais, podendo ocorrer à aplicação da analogia e ou interpretação extensiva, conforme recente decisão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Casamento civil. Direito à diferença. Entidade familiar. Homoafetividade. Homossexualidade. Reconhecimento, união estável.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

EC: Emenda Constitucional

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família

Inc.: Inciso

LICC: Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro

ONU: Organização das Nações Unidas

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STF: Supremo Tribunal Federal

TJ: Tribunal de Justiça

§: Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A TRANSFORMAÇÃO DO PARADIGMA DE FAMÍLIA FIXANDO O SUJEITO COMO VÉRTICE DA ENTIDADE FAMILIAR.....	10
1.1 O desenvolvimento e evolução da família.....	11
1.2 A entidade familiar com a promulgação da Constituição Federal de 1988.....	16
1.3 Do conceito de homoafetividade e a sexualidade.....	22
2 A GARANTIA DO DIREITO À DIFERENÇA.....	25
2.1 A sexualidade homoafetiva nas bases da civilização.....	27
2.2 A linha do tempo jurídica das relações homoafetivas.....	29
2.3 Princípios norteadores do direito à diferença.....	36
2.4 A aceitação social do direito à diferença e a mínima intervenção do Estado.....	43
3 DO CASAMENTO CIVIL: A MANUTENÇÃO DA FORMA TRADICIONAL OU RENOVAÇÃO DA PERSPECTIVA FACE O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR.....	49
3.1 O Casamento Civil.....	50
3.2 O Judiciário como legitimador dos preceitos constitucionais.....	53
3.2.1 A decisão do Supremo Tribunal Federal.....	54
3.3 A interpretação das correntes: norma constitucional e infraconstitucional.....	56
3.4 A conversão da união estável em casamento.....	72
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

A conjuntura familiar vem passando por grandes transformações nos últimos tempos. Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, propiciou-se uma nova forma de atuação estatal, e em decorrência dos movimentos sociais e do Estado Democrático de Direito, permitiu-se que aquelas pessoas e grupos minoritários antes condenados ao preconceito e a invisibilidade buscassem seu lugar na sociedade. Entretanto, com a rápida evolução no âmbito das entidades familiares, combinada com a morosidade do legislador, os relacionamentos homoafetivos (termo usado para denominar os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo), ainda permanecem sob alguns pontos de sombra, sem a tutela de determinados direitos concedidos aos relacionamentos heteroafetivos.

Diante da nova sociedade factual com várias formas de arranjos familiares, o judiciário resolveu agir protegendo os relacionamentos homoafetivos que cumprem os requisitos para concepção da união estável. Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na data de 05 de maio de 2011, os ministros foram precursores ao interpretar o art. 1723 do Código Civil Brasileiro de acordo com os valores constitucionais, reconhecendo as uniões estáveis homoafetivas como entidade familiar, estendendo a essas famílias as regras e efeitos da união estável. Assim, proporcionando uma quebra de paradigma em nossa sociedade, possibilitando aos antes estigmatizados constituírem uniões civis regularmente.

Desta forma, desde o histórico julgado da Corte Maior juntamente com o preceito contido no § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, que possibilita e prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento, aflorou-se a discussão sobre a possibilidade do casamento civil homoafetivo, objeto da presente pesquisa.

Nesse sentido, o objetivo geral é verificar se é possível a manutenção da forma tradicional de casamento ou exigível a renovação da perspectiva permitindo-se o casamento com identidade de sexos, diante do reconhecimento da entidade familiar homoafetiva, quebrando o paradigma tradicional do casamento.

Para corroborar com a discussão realizar-se-á como objetivos específicos, apresentar um histórico sobre a família comprovando a evolução e modificação em seu conceito, finalidade e objetivo. Apresentar as questões históricas referentes à

homoafetividade e o direito de autodeterminação sexual, bem como demonstrar a atual função do casamento e como esse modelo de constituição familiar se modificou através dos tempos. Ainda, verificar se as regras infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais para suprir as lacunas legais existentes e, principalmente, confrontar as correntes antagônicas, para, desta forma, alcançarmos a tomada de posição.

Ao confrontar as correntes divergentes se analisará as duas hipóteses para o problema quais são: a) a manutenção da forma tradicional de casamento frente ao escopo histórico e cultural do matrimônio, devido à omissão e literalidade da legislação constitucional e infraconstitucional; b) a renovação da perspectiva frente ao Brasil ser um Estado laico, o casamento um instituto civil, e também por não haver norma negativa de exclusão, pelos princípios consagrados na constituição, e a interpretação analógica ou extensiva da norma seguindo a linha de pensamento dos Tribunais nos casos de omissão.

Nesse sentido, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro apresentar-se-á o papel da entidade familiar, demonstrando o desenvolvimento e evolução da família, a contextualização da entidade familiar com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e alguns breves apontamentos a respeito da homoafetividade e a sexualidade.

No segundo capítulo demonstrar-se-á a sexualidade homoafetiva nas bases da civilização ocidental, a linha do tempo jurídica dessas relações, e os princípios norteadores do direito a diferença, e se proporá uma reflexão acerca da aceitação social.

No terceiro capítulo e último, abordar-se-á o percurso histórico do casamento civil no Brasil, a atuação de vanguarda dos Tribunais na concretização dos preceitos constitucionais, apresentando a meritória decisão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como serão analisadas as correntes divergentes e, ainda, far-se-á uma breve análise sobre a (suposta) facilitação da conversão da união estável em casamento.

A presente pesquisa mostra-se relevante em face da evolução cultural e social de nosso país, pois o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, não fez mais do que regulamentar uma situação fática presente na sociedade. No âmbito jurídico por haver uma grande quantidade de relacionamentos homoafetivos que almejam obter os efeitos do casamento civil, e visto que o direito é uma ciência que estuda fenômenos sociais e o comportamento humano, determinando regras

para uma adequada convivência, não resta dúvida sobre a importância da presente discussão. Posto que quanto aos relacionamentos homoafetivos, há uma omissão legislativa frente a uma realidade social e aos direitos fundamentais.

O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, que parte de um problema e se oferece uma solução provisória, criticando-se as hipóteses possíveis, visando a obtenção de uma solução. De acordo com o método, se entende que a partir de conhecimentos e expectativas surgem os problemas, e estes sendo relevantes há possibilidade da pesquisa que estudará as hipóteses controvertidas, para obtenção de um novo entendimento que momentaneamente não gere tantos conflitos.

O método de procedimento pautou-se principalmente na pesquisa bibliográfica, iniciada na internet com artigos referentes ao tema, em especial no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Posteriormente pesquisou-se na biblioteca e hemeroteca da Universidade de Passo Fundo, manuais, periódicos, legislação e revistas jurídicas, sobre direito de família e a homoafetividade. E por fim analisou-se a legislação e as decisões jurisprudenciais mais importantes referentes ao tema.

Salientando-se que a presente pesquisa não tem o propósito de esgotar o assunto, mas de levantar a discussão, a fim de se alcançar um entendimento de acordo com os valores almejados por nosso Estado e pela sociedade.

1 A TRANSFORMAÇÃO DO PARADIGMA DE FAMÍLIA FIXANDO O SUJEITO COMO VÉRTICE DA ENTIDADE FAMILIAR

A família antecede qualquer outra manifestação organizada, sendo a estrutura fundamental de qualquer ser humano, visto que é introduzido no seio familiar já quando nasce, e nesse ambiente de convivência que se desenvolverá, a partir das experiências e do crescimento biológico, psicológico, cultural e social que o indivíduo será exposto, influenciando nas suas escolhas e rumos para formar novas comunhões e participar diretamente nos valores da sociedade da qual faz parte.

Os vínculos afetivos são inerentes a espécie humana, uma prerrogativa que sempre existiu, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie ou pela aversão que as pessoas têm a solidão, já que a ideia de felicidade somente pode ser percebida em um ambiente de troca de sentimentos, esperanças e valores entre pares, ou seja, a família é uma construção social e informal, e as modificações da sociedade refletem no direito, que por óbvio sempre tutelará uma realidade social serôdia.¹

A respeito do fenômeno familiar, Farias e Rosenvald, aduzem, “a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas”². E ainda ensinam:

Induvidosamente, a família traz consigo uma dimensão biológica, espiritual e social, afigurando-se necessário, por conseguinte, sua compreensão a partir de uma feição ampla, considerando suas idiosincrasias e peculiaridades, o que exige a participação de diferentes ramos do conhecimento, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia, a teologia, a biologia (e, por igual, da biotecnologia e a bioética) e, ainda, da ciência do direito.³

Do apresentado percebe-se que a família deve ser entendida através da assimilação de diversos ramos do conhecimento, possuindo diversas formas de modelos de acordo com a evolução social ao longo do tempo. A entidade familiar não é estática está em constante mutação de acordo com a evolução do homem e das situações a ele impostas (econômicas,

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27-29.

² FARIAS; ROSENVALD, **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2012, v. 6. p. 39.

³ *Ibidem*, p. 39.

políticas, religiosas). Portanto, pautada em fenômenos culturais e sociais, gerando transformações que inevitavelmente vão modificar o direito para atender os interesses do indivíduo que busca precipuamente a realização pessoal.

1.1 O desenvolvimento e evolução da família

Para entendermos a importância e como ocorreu a transformação do conceito de família imprescindível demonstrar alguns fatos históricos. Sendo a família a base e a primeira manifestação de uma sociedade organizada, mostra-se uma realidade sociológica, que através da história vem passando por diversas mudanças em sua natureza, concepção e função.

Inicialmente, tinha-se a família patriarcal, em que todos integrantes viviam em torno de um chefe comum (*pater familias* do direito romano), figura masculina que detinha poder superior aos outros, administrando e submetendo os demais integrantes a suas ordens, principalmente filhos mais novos e mulheres. Essa família se formava somente por laços consanguíneos e pelo casamento, caso contrário, não seria reconhecida social e juridicamente. O casamento muitas vezes era arranjado, situação influenciada por interesses econômicos, transmissão do patrimônio e para procriação, visando-se integrantes para trabalhar, por esse motivo eram preferíveis os filhos varões.

Nos primórdios o *pater familias*, chegava a exercer sobre as mulheres e os filhos uma autoridade plena, possuindo o direito de vida e de morte sobre os mesmos, facultado-lhe vender, castigar e até tirar a vida de seus descendentes. O ascendente mais velho fazia o papel de chefe político, sacerdote e juiz, panorama que tornou-se mais brando, com o imperador Constantino, a partir do século IV, com a influência da fé cristã.⁴

Esse quadro perdurou até a sociedade industrial contemporânea, que com o fim da 2ª Guerra Mundial e a Revolução Industrial, as mulheres acabaram ingressando no mercado de trabalho, ajudando no sustento e administração da família, tanto pela falta de homens quanto por necessidade, se emancipando economicamente e profissionalmente, panorama que possibilitou uma nova forma de realização. A ruptura gradativa do Estado com a Igreja e a pílula anticoncepcional, possibilitou aos casais controlarem quando e se

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v 6. p. 31.

querem ter filhos ou se divorciarem quando infelizes, e ainda, o direito à previdência social permitiu ter-se uma velhice com cuidados sem a necessidade de se ter filhos.

Em virtude disso, houve uma transformação na conjuntura familiar, perdendo-se em muito o caráter econômico e reprodutivo da família, surgindo novos rumos jurídicos para a sua concepção, com o Estado ampliando o âmbito dos interesses protegidos, em busca de uma igualdade não apenas formal, mas substancial.

No Brasil, o Código Civil de 1916, entendia o matrimônio como única forma de constituição familiar e impedia sua dissolução, trazia distinções entre seus membros e qualificações discriminatórias quanto as pessoas unidas sem casamento (vínculos extramatrimoniais) e aos filhos gerados fora do matrimônio (nomenclaturados de ilegítimos), com a exclusão de direitos.⁵

O Código de 1916, no art. 229, proclamava que o primeiro e principal efeito do casamento era a criação da família legítima. Conforme o entendimento, a família estabelecida fora do casamento era ilegítima, inclusive os filhos advindos dessas relações, eram considerados ilegítimos e não tinham assegurado o direito à filiação. Estes poderiam ser naturais, nascidos de pais sem impedimentos matrimoniais, ou, espúrios, concebidos de pais com impedimento (adulterinos ou incestuosos), possibilitando-se somente aos naturais o reconhecimento.⁶

Gradativamente ao longo do século XX, com a evolução cultural a família patriarcal foi perdendo espaço, forçando o legislativo a atuar e quebrar alguns paradigmas, concedendo mais direitos aos que antes eram discriminados.

Assim, a família passou a ter a proteção do Estado (Social), que interveio nas relações antes totalmente privadas, constituindo-se um direito subjetivo público, tutelado por diversos países signatários da Declaração Universal de Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, dispondo no art. 16, inciso 3, que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, ou seja, englobando os vínculos de sangue, de direito, e de afetividade que hoje na prática social são mais importantes do que a consanguinidade, prova disso é a adoção, devendo-se respeitar todas entidades familiares socialmente constituídas.⁷

⁵ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 30.

⁶ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**: direito de família, p. 28-29.

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17-18

No ano de 1949, a Lei 883, permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos, concedendo direitos que antes eram negados. Em 1962 foi criado o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/1962, conferindo capacidade para a mulher casada que vivia em condição de relativa incapacidade, discriminada em face do marido, e que passou a ter direito aos bens reservados, assegurando as mulheres, a propriedade exclusiva dos bens adquiridos através de seu trabalho. Uma das mais expressivas modificações na legislação foi à instituição do divórcio na EC/1977 e Lei 6.515/1977, que extinguiu a indissolubilidade do casamento, ocorrendo de vez o rompimento entre o Estado e a Igreja, permitindo aos casais divorciados casarem-se novamente.⁸

O Código Civil brasileiro de 2002 procurou se inspirar nos princípios constitucionais, mas não trouxe grandes mudanças, já que o projeto original era de 1977. Diante disso, manteve a presença dos interesses patrimoniais sobre os pessoais, e não regulamentou algumas matérias importantes, como as entidades familiares entre pessoas do mesmo sexo, bem como o casamento civil e a conversão da união estável em relação àquelas entidades familiares.

Todavia, preceituou alguns entendimentos dignos de menção, os vínculos de afeto se sobrepujam os vínculos biológicos. Os arts. 1511 e 1724 do Código Civil brasileiro estabeleceram: a paridade e respeito no exercício dos relacionamentos. E o art. 1513 do mesmo diploma, proibiu a interferência das pessoas jurídicas de direito público na comunhão de vida.

Ainda, outros dois dispositivos legais contribuíram na evolução e proteção das relações familiares, quais sejam, em 1990, a Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA), e em 2003 a Lei 10.714 (Estatuto do Idoso), principalmente o ECA com suas disposições acerca da convivência familiar, direito à dignidade, ao poder familiar, guarda, adoção e reconhecimento do estado de filiação, demonstram a preocupação em manter o foco do direito nas pessoas.⁹

⁸ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 30-39.

⁹ LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 39.

Nesse sentido, Farias e Rosenthal, trazem um quadro informativo das diferenças entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, com base na Constituição Federal de 1988.

Família no CC/16	Família na CF/88 e no CC02
Matrimonializada	Pluralizada
Patriarcal	Democrática
Hierarquizada	Igualitária substancialmente
Heteroparental	Hetero ou homoparental
Biológica	Biológica ou socioafetiva
Unidade de produção e reprodução	Unidade socioafetiva
Caráter institucional	Caráter instrumental

10

A pós-modernidade com a evolução social e científica causou uma revolução nos mais diversos âmbitos: artísticos, culturais, científicos, religiosos políticos, econômicos, bem como, não poderia deixar de ser, na estrutura familiar, que passou agregar novos valores. Assim, a família atual é composta por um ideário descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado, pautada pela ética e solidariedade recíproca entre seus membros, promovendo o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Privilegia-se o afeto e o ser (não o ter), originando com isso os mais diversos modelos de família, de acordo com as escolhas e individualidades de cada ser humano, em busca de sua felicidade. Essas modificações influenciaram a alteração do modelo jurídico clássico em relação ao direito de família que parecia ser imutável, visto que se entendia que a modificação de determinados dogmas acarretaria no fim da família e da própria sociedade, o que evidentemente não ocorreu.¹¹

Segundo Paulo Lôbo, “[...] a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade”¹².

¹⁰ FARIAS; ROSENVALD, **Curso de direito civil**: direito das famílias, p. 49.

¹¹ *Ibidem*, p. 40-42.

¹² LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 17.

Não obstante, claro que a relação familiar permanece tendo um cunho patrimonial e por vezes reprodutivo, mas estes não são mais considerados determinantes para a concepção de uma família, visto que os valores agregados substituíram o paradigma anterior, que sacrificava os integrantes em prol da família instituição. Dessa forma, permitindo uma perspectiva socioafetiva que agrega afeto e ajuda entre os seus membros, demonstrando que a família cumpre uma função de formação da pessoa humana, pautada no respeito e na confiança recíproca.

Desta maneira, cabe ao Estado, através de normas de direito, organizar a sociedade de forma a proteger os indivíduos, estabelecendo normas de acordo com a realidade social, visto que esta sempre antecede ao direito, transformando os atos jurídicos a partir do agir reiterado, cabendo ao Estado correr atrás para tutelar os princípios garantidos constitucionalmente.

Nas palavras de Maria Berenice Dias “Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz”.¹³

Esse moderno escopo reflete o ambiente democrático de nossa sociedade, em suas manifestações, políticas, econômicas e jurídicas, refletindo na família a ideia de que a proteção desta está vinculada de forma inerente a proteção do ser humano, devendo as normas infraconstitucionais, serem interpretadas de acordo com os valores expressos ou implícitos em nossa constituição, que de antemão salienta-se, garante a dignidade da pessoa humana e a isonomia, motivos que garantem por exemplo, as relações homoafetivas o status de entidade familiar.

Atualmente a família tem uma compreensão múltipla, plural, podendo ser formada por um ou mais indivíduos, derivada de laços biológicos ou afetivos, buscando o desenvolvimento de seus integrantes. É claro que até se chegar a esse entendimento passou-se por diversas rupturas, influenciadas pelo tempo e lugar, tratando-se de um núcleo, transmissor de costumes e experiências, considerada, um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o objetivo inexorável de realização pessoal dos membros, o que diferencia o homem dos outros animais pela possibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando novos

¹³ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 25.

grupos onde desenvolverá sua personalidade, o que demonstra que a família vai se adequando as necessidades humanas.¹⁴

Dessa forma, claro que o Estado deve continuar a organizar a sociedade, intervindo nas relações de modo a coibir excessos e ofensa a direitos, mas essa intervenção não pode desrespeitar a liberdade e intimidade dos indivíduos, adentrando em suas vontades e desejos, já que como vimos à família é um fenômeno sociológico e cultural, se constituindo muito antes do regramento jurídico, não podendo este impedir qualquer forma de relação, em que se prima pelo afeto e respeito entre aqueles que fazem parte.

1.2 A entidade familiar com a promulgação da Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado implementou uma série de princípios explícitos e implícitos, garantidores e orientadores no que tange o direito de família, estabelecendo um modelo igualitário, pautado pela solidariedade entre seus membros, enaltecendo e tutelando a dignidade da pessoa humana, permitindo uma interpretação extensiva, possibilitando a inclusão e proteção das mais diversas entidades familiares.

É mister mostrar primeiramente, a evolução jurídica constitucional no que concerne ao direito de família através da história, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e a conseqüente e gradual intervenção e proteção do Estado as relações familiares, através da análise de nossas Constituições.

A primeira Constituição do Brasil, outorgada em 1924, pelo Imperador Dom Pedro I, não fez nenhuma referência à família ou ao casamento, já a primeira Constituição republicana de 1891, instituiu o casamento civil em razão da separação do Estado com a Igreja, deixando o catolicismo de ser a religião oficial.¹⁵ Ambas as constituições demonstram a liberalidade e individualidade, com o Estado não intervindo nas relações familiares.

¹⁴ FARIAS; ROSENVALD, **Curso de direito civil**: direito das famílias, p. 45-46.

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 09.

Já as Constituições sociais de 1934 a 1988, seja no período autoritário ou democrático, previram normas explícitas quanto ao direito de família. A partir da Constituição de 1934, com as modificações sociais e seguindo uma tendência internacional, começou-se a dar maior importância à família, dedicando-se capítulos exclusivos no texto constitucional. Na Constituição de 1937 há uma grande revolução, expressando que a educação é um dever dos pais, os filhos naturais são comparados aos legítimos e o Estado assume a proteção das crianças abandonadas. A Constituição de 1946 estimula a prole numerosa e assegura a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.¹⁶

Todavia, mesmo havendo modificações importantes as Constituições de: 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, todas mantiveram a mesma linha de pensamento, considerando o casamento indissolúvel e única forma de constituição familiar.¹⁷

Do exposto, instigante abrir um parêntese com Rodrigo da Cunha Pereira, que refere:

É interessante observar que o estudo da família, em Direito, esteve sempre estritamente ligado ao casamento, que a tornava legítima ou ilegítima, segundo os vínculos da oficialidade dados pelo Estado, ou mesmo pela religião. Grande parte dos juristas confunde o conceito de família com o de casamento.¹⁸

Ou seja, se havia necessidade de se impor o casamento civil é porque deveria haver outras formas de constituir família que iriam, ou queriam, surgir, a partir do Brasil República. É como os dez mandamentos. Eles só existem porque existem aqueles dez desejos que se lhes contrapõem.¹⁹

Alterando o paradigma, a Constituição de 1988 expandiu a proteção do Estado à família a patamares jamais vistos, protegendo qualquer entidade familiar sem restrições, entendendo-a como sujeito de direito e obrigações, onde o interesse das pessoas sobrepuja os interesses patrimoniais, a natureza socioafetiva das relações torna-se gênero da qual fazem parte a biológica e não biológica, consuma-se a igualdade entre os gêneros e a filiação, reafirma-se o direito de constituir família e extingui-la sem imposição legal, a família passa a ter escopo de realização pessoal e da dignidade de seus membros.²⁰

¹⁶ LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 22.

¹⁷ PEREIRA, **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica, p. 09-10.

¹⁸ *Ibidem*, p. 06.

¹⁹ *Ibidem*, p. 10-11.

²⁰ LÔBO, *op. cit.*, p. 22.

Diferentemente do Estado Liberal, pautado pela concepção individualista, o novo Estado Social caracterizado pela intervenção em setores da vida privada, visando à proteção do indivíduo, alavancou-se com promulgação da atual Constituição, a tutela de valores e regras aclamados pela sociedade, forçou uma interpretação de toda ordem jurídica, principalmente a leitura das instituições de direito civil, que mantém uma concepção tradicional e conservadora de épocas passadas, devendo toda a interpretação ter a presença de fundamento de validade constitucional.²¹

Ao contrário das regras que a hipótese de incidência é mais fechada, os princípios indicam um suporte fático indeterminado e aberto, não há hierarquia entre princípios, sendo que em caso de conflito, deve-se utilizar a ponderação dos valores postos no caso em tela, dependendo a sua incidência da mediação concretizadora do interprete, sempre pautada na equidade, aplicando-se o direito e justiça conforme o caso em concreto. Os princípios podem ser explícitos ou implícitos, sendo os últimos derivados da interpretação do ordenamento jurídico ou da interpretação harmonizadora das normas constitucionais.²²

Nesse sentido, lecionam Farias e Rosenvald:

[...] dada sua generalidade e abstração, os princípios inspiram uma interpretação pautada nas diretrizes constitucionais, vinculando todo o sistema jurídico infraconstitucional, inclusive no que tange ao Direito das Famílias, conferindo novo conteúdo (essência) às regras positivadas nos mais diferentes diplomas normativos.²³

Assim, vejamos o disposto no art. 226, caput e parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º, e no art. 227, caput e parágrafo 6º, que preceituam:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

²¹ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 36.

²² LÔBO, **Direito civil: famílias**, p. 51-52.

²³ FARIAS; ROSENVALD, **Curso de direito civil: direito das famílias**, p. 79-80.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.²⁴

Da leitura dos preceitos constitucionais acima, percebe-se que família atual, não é somente aquela constituída da forma clássica, pelo casamento e laços consanguíneos, estabelecendo-se o princípio da pluralidade das entidades familiares.

Princípio que extinguiu a discriminação das famílias não constituídas pelo matrimônio e por laços consanguíneos. Reconhecendo assim, os mais diversos arranjos familiares, como por exemplo: a união estável, famílias monoparentais, famílias dúplices e a socioafetiva, pondo fim às designações discriminatórias referentes aos filhos havidos de relações extramatrimoniais e não biológicas, instalando-se uma compreensão solidária de família.

Ainda, o texto constitucional estabeleceu o “princípio da igualdade entre gêneros”, ocorrendo à derrocada da antiga formação patriarcal com o poder marital. Agora, tanto homem e mulher passam a ter direito iguais na sociedade conjugal e na união estável, com as decisões da família sendo tomadas de comum acordo. Princípio correlato com o “princípio da solidariedade”, conforme disposto no art. 3º, inciso I, da CF/88, devendo haver entre os membros da família respeito e consideração mútua.

Tem-se como diretriz o “princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, determinando que o Estado, sociedade e a família, desempenhem um tratamento diferenciado aqueles que são vulneráveis e hipossuficientes, e necessitam de prioridade na proteção e garantia de seus direitos.

Hodiernamente a visão pluralista das famílias, não é mais restrita apenas aquele modelo tradicional/convencional (homem e mulher unidos pelo matrimônio e com filhos), está consagrado o princípio do pluralismo das entidades familiares, modificando-se radicalmente o conceito de família.

²⁴ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf.htm > Acesso em: 29 out. 2011.

Conforme ensinamento de Vecchiati e Marta “[...] tem-se a consagração implícita do *princípio da pluralidade das entidades familiares* pelo caput do art. 226 da CF/88, o que significa que o rol de famílias exposto nos parágrafos é meramente exemplificativo e não taxativo.”²⁵ (grifos do autor)

Quanto à família homoafetiva, o fato de a legislação não regulamentar não é impeditivo para sua existência, diante da norma geral de inclusão contida no art. 226 da Carta Magna, e dos direitos fundamentais contidos no art. 5º do referido diploma, sendo requisito fundamental para a concepção de qualquer família o afeto e interesse de vida em comum, sob pena de se ofender os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade para a orientação sexual.

Nas palavras de Paulo Lôbo, “A norma de inclusão do art. 226 da Constituição apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões”.²⁶ Para o doutrinador qualquer relação, que apresente os requisitos fundadores da entidade familiar, pela dimensão e alcance da norma constitucional, será considerada família, nesse sentido, pontua:

Em todos os tipos acima referidos há características comuns, sem as quais não configuram entidades familiares, a saber: a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.²⁷

A Constituição proclama vários outros princípios aplicáveis ao direito de família, devendo todos estar em conformidade com o princípio contido no art. 1º, inciso III, da República Federativa do Brasil, que traz como valor basilar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental para um Estado Democrático de Direito, entendido como um núcleo existencial e essencial comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de proteção para impedir qualquer ato que “coisifique” o ser humano, já que trata-se de direito indisponível.

²⁵ VECCHIATTI, Paulo Roberto; MARTA, Taís Nader. Direito fundamental à família e a legitimação de suas espécies materiais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 22. nº 22, Bimestral, jun./jul. 2011. p. 17.

²⁶ LÔBO, *Direito civil*: famílias, p. 84.

²⁷ *Ibidem*, p. 74.

Nesse contexto, deve haver um equilíbrio entre os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro, pois atualmente a família é entendida como um núcleo de realização, não é um fim em si mesmo, mas instrumento para realização de seus membros, contribuindo para o desenvolvimento dos integrantes e da própria sociedade.²⁸

A Constituição de 1988 possibilitou aos operadores do direito, uma nova linha interpretativa devendo a compreensão do direito, ser pautada de acordo com a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e a isonomia substancial constante nos arts. 3º e 5º, da Lei Fundamental.

Embasada a relação familiar, na igualdade, democracia e pluralidade, centrando o indivíduo como foco de preocupação do estado, deve ser permitido formar-se os mais diversos grupos familiares. A família não é mais considerada como uma instituição com um fim em si mesma, como ocorria antigamente, onde permitia-se a violação dos interesses de um dos integrantes em prol dos interesses de quem detinha maior poder (*pater familias*) e ou do todo. No presente, o propósito é a preocupação e valorização do cidadão, vigora a chamada “família eudemonista”, onde busca-se a felicidade e realização de todos os membros que dela fazem parte, seres humanos que devem ter seus direitos consagrados na Lei Mãe tutelados máxime.²⁹

Sobre o papel da família atualmente, Farias e Rosenvald, afirmam:

A família cumpre modernamente um *papel funcionalizado*, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*.³⁰ (grifos do autor)

Dessa forma, o Estado passa a intervir nas relações familiares, não se importando somente pelo lado patrimonial ou moral e religioso, almejados por alguns grupos como na antiga concepção, mas também promovendo a afetividade e igualdade dos seus membros, sendo fator preponderante a preocupação com o indivíduo, formando-se assim, uma sociedade solidária.

²⁸ LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 53-55.

²⁹ FARIAS; ROSENVALD, **Curso de direito civil**: direito das famílias, p. 46-48.

³⁰ *Ibidem*, p. 48.

1.3 Do conceito de homoafetividade e a sexualidade

Cabe-nos referir que toda conceituação e ou definição pode ser ambígua e perigosa, pois nada mais é do que uma descrição que por vezes acaba incluindo ou excluindo determinados elementos que não abrangem todas as nuances peculiares a cada forma, mas como questão doutrinária nossa parece imprescindível.

As relações homoafetivas nada mais são do que relações íntimas entre pessoas do mesmo sexo, com a troca de sentimentos como em qualquer relação, podendo ocorrer entre homem com homem e mulher com mulher.

O vocábulo homossexualismo foi criado pelo húngaro Károly Benkert no ano de 1869, formado pela raiz da palavra grega homo, que significa semelhante e pela palavra latina sexus, significando o termo sexualidade semelhante, podendo se entender como o sexo que a pessoa almeja ter ou a sexualidade exercida por pessoas do mesmo sexo, porém o termo passou a ter um significado pejorativo ligado à anormalidade, perversão e doença.³¹

Por isso, Karsh-Haack no ano de 1911, instituiu o termo homoerotismo, com o objetivo de dar ênfase as experiências afetivo-homossexuais e conseqüentemente diminuir o preconceito, por muito tempo enraizado de discriminação.³²

A psicologia considera a homossexualidade um distúrbio de identidade que não é hereditário, decorrente do meio em que se desenvolveu o psíquico primitivo, no período entre a concepção e os quatro anos de idade, entendida como uma inversão sexual que não é considerada doença, podendo ser masculina (sodomia ou uranismo) ou feminina (lesbianismo, safismo, ou tribadismo).³³

³¹ OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 17.

³² BALESTERO, Gabriela Soares. O Casamento como um instituto de direito civil: a homoafetividade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 22. nº 22. Bimestral, jun./jul. 2011. p. 26.

³³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. p. 209-210.

Reforçando a ideia Maria Berenice Dias, conclui:

Para a psicologia, a homossexualidade é um distúrbio de identidade, e não uma doença, sendo fruto de um determinismo psíquico primitivo, não se podendo taxar como um desvio de conduta ou escolha pessoa. Não sendo uma opção livre, não pode ser objeto de marginalização ou reprovabilidade social ou jurídica. O legislador não pode ficar insensível à necessidade de regulamentação dessas relações³⁴

Não obstante, cumpre-se mencionar a esse respeito, que desde 17 de maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde, retirou a homossexualidade da classificação internacional de doenças, declarando não constituir doença, distúrbio ou perversão, considerada hoje livre manifestação da sexualidade humana, posição já adotada em 1985 pelo Conselho Federal de Medicina, sendo que em 1999, o Conselho Federal de Psicologia, editou uma resolução determinando que os profissionais da área, não deveriam favorecer a patologização dos comportamentos e ou praticas homossexuais.³⁵

No ano de 1995, o sufixo “ismo” que significa doença, foi substituído pelo sufixo “idade”, que designa um modo de ser, devendo ser usado o termo homossexualidade e não homossexualismo.

Por esse motivo, no ano de 2000, Maria Berenice Dias, deu origem a expressão Homoafetividade³⁶, pois a palavra homossexualismo, tornou-se imprópria, devido ao sufixo “ismo” que na área médica tem em ligação com doenças, e também já estar carregada de preconceito, objetivando demonstrar que as relações entre pessoas de mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade, sendo esta uma descoberta pessoal e individual de cada ser humano.

Desse modo, quando se deparamos com a expressão “sexo ou sexualidade” nos reportamos de imediato à questão biológica, resultante de estruturas e combinações genéticas, hormonais e anatômicas que tem início na fecundação do óvulo e que se completa na puberdade, responsável pela constituição dos órgãos externos e internos, determinando a aparência exterior indivíduo, servindo de diferenciação do macho ou fêmea

³⁴ DIAS, Maria Berenice Dias. Vínculos hetero e homoafetivos. In: **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. I. Título. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 119.

³⁵ MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Olhar, ver, reparar: uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 14. n° 14, Bimestral, fev./mar. 2010. p. 48

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade: um novo substantivo. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?77,14>> Acesso em: 20 de ago. 2011. Expressão usada em sua obra “União homossexual, o preconceito e a justiça”, cuja primeira edição é do ano 2000, para reconhecer que as uniões de pessoas de mesmo são vínculos afetivos.

e pela conotação de procriação. Porém não se pode olvidar do viés psicanalítico da expressão sexo/sexualidade, no qual se subentende que transcende as características biológicas, englobando uma intensa carga psicológica, resultante de fatores, culturais, educacionais, familiares e sociais, esse complexo de componentes, geram reações diversas em cada indivíduo e são responsáveis pela pluralidade de orientações sexuais³⁷.

A homoafetividade se apresenta tanto em homens, como em mulheres, apesar do presente trabalho não ter por objetivo se aprofundar nas diferenciações que englobam a homoafetividade, cabe apresentar algumas formas de expressão desse comportamento:

Os travestis tem um comportamento fetichista com o uso de roupas conforme sua orientação, não almejando alterar o sexo como ocorre com os transexuais, o travesti é homossexual, mas nem todo homossexual é travesti. Entre os travestis ainda tem-se os drag queens e os transformistas. Os bissexuais por sua vez apesar de identificado com a aparência de seu sexo, sentem atração por pessoas do seu próprio sexo como por pessoas do sexo oposto, podendo manifestar-se de maneira esporádica ou habitual.³⁸

Já os transexuais tem uma incompatibilidade entre o sexo biológico e a identificação psicológica, onde o indivíduo apesar de ser anatomicamente de um sexo acredita ser do oposto, causando-lhe um desconforto psicológico que os leva buscar mediante intervenção cirúrgica (mais comum em hermafroditas) e hormonal, fazer alterações em seu corpo para ficar física e anatomicamente parecido com o sexo oposto. O transexual submetido à intervenção cirúrgica, tem direito de obter modificação de sua identidade civil, por interpretação jurisprudencial dada ao art. 55 da L. 6015/73 (Lei de Registros Públicos), que admite alterar o nome quando expor a pessoa ao ridículo.³⁹

Com isso, depreende-se que a homoafetividade não é doença tampouco escolha, decorre de fatores psíquicos e culturais, no campo do involuntário e inconsciente, que determina a orientação sexual do indivíduo, não podendo ser objeto de tratamento diferenciado, com posturas preconceituosas e discriminatórias, pois o que buscam independente dos conceitos e definições que se aplicam, e a troca de afeto, carinho e intimidade, com a pessoa amada, devendo o Estado possibilitar a inclusão social e propiciar a felicidade da população, assunto este que será tratado no capítulo que segue.

³⁷ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 09-16.

³⁸ *Ibidem*, p. 20-21.

³⁹ LISBOA, **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões, p. 211.

2 A GARANTIA DO DIREITO À DIFERENÇA

A homossexualidade é um fenômeno que sempre existiu, sendo mais aceita em determinados momentos históricos e noutros marginalizada. Todavia, apesar do estigma, hodiernamente, as concepções e desfazimentos de entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo, fazem parte da realidade social em que vivemos. Elas irradiam uma gama de consequências, relativas a direitos e obrigações, envolvendo questões patrimoniais e discriminatórias. Por conseguinte, não pode a comunidade e o Estado ficar inerte a esse contexto social.

O ser humano e a sociedade estão intimamente ligados, interagindo constantemente, um influenciando o outro com seus valores e condutas, lembrando que o homem somente irá satisfazer suas necessidades e conseguir sua plenitude pessoal através das relações sociais.

Por isso, importante se analisar essa relação, diante do fato de haver muitas vezes interesses conflitantes entre os valores/objetivos individuais e aqueles já enraizados na sociedade, sendo difícil expurgar determinados dogmas, que não condizem mais com os valores almejados e fixados na sociedade e no ordenamento jurídico.

A sexualidade humana é fruto de um conjunto “bio-psico-social” de cada ser humano, na construção de sua sexualidade, sendo equivocado reduzir a sexualidade humana a fatores meramente biológicos ou de condutas naturais ou não naturais, já que o homem ao contrário dos outros seres, não se desenvolve apenas sob o instinto (reações biológicas e orgânicas), tendo autoconsciência e construindo sua personalidade de forma particular, em razão de suas vontades, sentimentos, e experiências, e mesmo que um grupo siga um comportamento predominante, não se pode aceitar que o comportamento minoritário seja entendido como anormal.⁴⁰

⁴⁰ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 64 a 66

Outrossim, Raphael Peixoto de Paula Marques assevera:

Em uma sociedade altamente complexa como a nossa, não basta conseguir olhar. Devemos ter a sensibilidade e a capacidade de ver e, sobretudo, de reparar o que e quem foi excluído e privado de ter direitos durante muito tempo. Estamos sempre a um passo, a um apagar de olhos, de nos tornarmos desumanos, em falta com o sofrimento e a dignidade do outro, seja este o negro, o índio, a mulher, o homossexual, enfim, qualquer um que pretenda que sua diferença seja reconhecida pelo direito.⁴¹

Dentro desse contexto, é inconcebível que, ainda nos dias de hoje, não se consiga perceber que a livre orientação sexual é um direito fundamental. E que essa específica diferença não pode ser usada como pretexto para discriminar ninguém.⁴²

Lentamente os direitos de personalidade vão ganhando maior expansão diante dos objetivos do Estado Democrático de Direito, pois o reconhecimento desses direitos remete a própria natureza do homem, devendo ser protegida, motivos pelo qual se entende que atualmente há um direito chamado de autodeterminação sexual, baseado nos valores já consagrados no ordenamento jurídico.

Corroborando com esse entendimento Alexandre Miceli de Alcântara de Oliveira, enfatiza:

Com isso, entendemos ser possível sustentar a existência de um direito de autodeterminação sexual do indivíduo que, como veremos, tem por fundamentos os já consagrados direitos à dignidade, liberdade e felicidade, mas, também, o menos óbvio à tolerância⁴³

Portanto, permitindo-se a livre manifestação da sexualidade e a vida por completo, sendo inadequado o Poder Legislativo e o Poder Judiciário se eximir do enfrentamento dessa realidade, por convicções de cunho religioso ou político, já que a orientação sexual é elemento formador da personalidade do homem, devendo ser protegida de forma ampla já que ligada diretamente ao direito a vida, que envolve a integridade física, psíquica e moral.

⁴¹ MARQUES, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 61.

⁴² *Ibidem*, p. 61.

⁴³ OLIVEIRA, *Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância*, p. 08.

2.1 A sexualidade homoafetiva nas bases da civilização

A homoafetividade é um fenômeno que sempre esteve inserido na sociedade, desde os povos mais primitivos, porém dependendo do momento ensejou e foi objeto das mais diversas premissas, sendo a conduta considerada algumas vezes, atributo divino, outras dever social, ou ainda, anomalia e abominação. Nesse sentido, os dois grandes pilares da civilização ocidental, quais sejam Grécia e Roma, são importantes referenciais pelo legado intelectual e jurídico que até hoje pauta nosso meio, com ensinamentos filosóficos, colaborando para o processo civilizatório, inclusive quanto às relações homoafetivas.

Na Grécia as relações homossexuais masculinas eram consideradas ritos de passagem e iniciação sexual dos adolescentes, que necessitavam passar por tal prática para se tornarem adultos, tratava-se de relações pedófilas, onde o preceptor geralmente um guerreiro mais velho, exercia o papel de mestre, ensinando ao rapaz mais jovem seus conhecimentos, sendo uma honra para o escolhido, pois o processo fazia parte da de sua formação, possibilitando sua integração a natureza, família e a polis, e ainda, o ritual tinha estreita ligação com a transmissão da virilidade e o respeito aos mais velhos.⁴⁴

O hábito do homem mais velho (erastes), ter relações sexuais com o jovem rapaz (efebo), era reconhecido, não considerada a conduta apenas uma faculdade, e sim um dever para homenagem e evolução do jovem para a fase adulta. Nessa sociedade, todo homem poderia ser ora hetero outrora homossexual, isso bem antes da psicanálise introduzir a hipóteses da bissexualidade.⁴⁵

A conduta refletia os ideários gregos, expostos em sua mitologia, pautada pelo escopo da virilidade e da livre sexualidade, como pode ser observado no casal masculino mais famoso, formado por Zeus e Ganimede, o que de certa forma, demonstra determinada contradição diante da prática de um ato homossexual e um ideal de virilidade.⁴⁶

Todavia, a relação homossexual plenamente louvável aos costumes da época, poderia ser transformada em execração pública, condenando-se quando praticados entre cidadãos acima da faixa etária prevista como adequada, para prostituição (nesse caso aquele que exercesse o papel de homem não seria punido) ou se houvesse na relação um

⁴⁴ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 28.

⁴⁵ SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 104-105.

⁴⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 29.

troca de papéis daqueles previstos, pois isso significaria a indolência e passionalismo, condutas não bem quistas pelos gregos, casos que seriam considerados injúria social, passível de condenação e rígidas repressões.⁴⁷

Nesse prisma, as relações homossexuais impregnaram de tal maneira a cultura Grega em escrituras, discursos e em leis, que não há como citar a Grécia antiga sem fazer menção ao amor homossexual, que inspirou até a expressão “amor grego”, não se podendo olvidar que as práticas até hoje geram divergências nas ciências humanas se tal comportamento seria uma perversão admitida, instituição pedagógica ou ritual de iniciação, pois em certas situações as práticas homossexuais eram motivos de ataques a políticos ou a inimigos, o que não diminui a importância e o status social que as relações adquiriram.⁴⁸

Na Roma antiga em seus primeiros períodos, as relações entre pessoas do mesmo sexo não eram ocultadas, tampouco estimuladas, face ao estoicismo (332-262 a.C.), que pregava a austeridade e rigidez com desprezo frente aos males físicos ou morais, posteriormente no período imperial, Roma passa por uma modificação devido a influências dos povos dominados, nesse período a homoafetividade é vista como uma fraqueza de caráter, pois a passividade sexual passava a ideia de impotência política, entendimento que não servia para o imperador, pois diante de seu poder absoluto (divinizado), dispunha de concubinas e rapazes para seus caprichos sodomíticos e de perversão, isso perdurou até aproximadamente (130 a.C.) quando o Imperador Adriano rompeu o paradigma e assumiu seu relacionamento homoafetivo com Antínoo.⁴⁹

Em Roma a relação entre pessoas do mesmo sexo era aceitável dependendo da condição social (antes do advento do cristianismo por óbvio). Se um homem livre submetesse um escravo à prática, o ato era aceito, mas o contrário, a inversão dos polos com a passividade do senhorio era totalmente execrável, sendo estigmatizado tal ato como nos casos de infidelidade e prostituição, da mesma forma a mulher que ousa-se exercer o papel de homem, esses paradigmas eram vistos com grande temor pela sociedade, que temia a perda do controle, pois qualquer representação ou percepção de submissão poderia transparecer fragilidade, contrariando e ofendendo os ideários de poder cultivados pelo Império Romano, de grande vocação político-militar.⁵⁰

⁴⁷ SOUZA, **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas, p. 105-108.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 103-104.

⁴⁹ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 30-31.

⁵⁰ SOUZA, *op. cit.*, p. 109-110.

Com o advento do cristianismo a homossexualidade passou a ser tida como uma abominação, uma anomalia psicológica condenada em passagens bíblicas como em Levítico, 18:22⁵¹, conceitos de acordo com a moral judaica, que procurava preservar o grupo étnico, devendo a prática sexual ser admitida tão somente para a procriação, condenado-se quem desperdiçasse o sêmen. Quanto as mulheres a homossexualidade era lascívia.⁵²

Conclui-se que desde os tempos mais remotos a homossexualidade sempre esteve presente, e obvio que as civilizações, romana e grega, bases da sociedade ocidental, representam um quadro evolutivo, permitindo a homossexualidade, até com certa liberdade, dentro dos parâmetros da sociedade da época, que era pautada em classes, gêneros e hierarquias, sendo que todas as condutas deveriam se submeter e respeitar os valores supramencionados.

Dessa forma, evidente que para os padrões de hoje, havia certo preconceito, mas não relativo à relação homossexual e sim ao modo que era realizado, diante dos dogmas da sociedade que não permitia a prostituição masculina, comportamento sexual compulsivo e principalmente o passionalismo, repudiado diante da necessidade de virilidade e força, que vigorava na política dessas duas grandes civilizações repletas de guerras e conquistas.

2.2 A linha do tempo jurídica das relações homoafetivas

Antes de adentrarmos especificamente nas ordenações, louvável fazer uma breve menção, de como ocorreu à formação de nosso país. Nesse âmbito, sabe-se que os primeiros colonizadores do Brasil Colônia, eram portugueses assassinos, ladrões, pederastas, pessoas com desvios de personalidade banidas de seu país de origem, e enviadas para a colônia portuguesa, que mantinha os ideais da Coroa, com forte influência da Igreja Católica, onde o casamento era considerado uma instituição divina, controlado com rigor tanto pela Igreja quanto pelo Estado.

⁵¹ BÍBLIA, Levítico 18:22 “Com o homem não te deitarás, como se fosse mulher: é abominação”.

⁵² GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 119.

Entretanto, os nativos, habitantes primitivos do Brasil, adotavam em sua grande maioria a poligamia, com nudez e liberdade sexual, conduta contrária aos moldes dos colonizadores, detentores de uma estrutura familiar patriarcal e monogâmica, mantenedores de dogmas referentes à virgindade e o celibato.

Os colonizadores perceberam entre os nativos uma conduta sexual sem pudores, com intensa prática homossexual masculina entre os índios, com alguns adotando o trabalho e vestimentas ditas femininas. Esse quadro conjugado com europeus expulsos do país de origem por terem comportamento inadequado, fez com que não demorasse muito para o pudor dar espaço à libertinagem. Nesse contexto, Portugal adepto de influências Católicas, enviou integrantes da inquisição, para controlar a moral não apenas dos imigrantes e nativos, mas também dos religiosos em seus mosteiros, já que a homossexualidade era considerada um ato grave. Como grande parte dos atos libidinosos davam-se dentro dos mosteiros, com o tempo a pena de morte foi substituída por castigos menos gravosos como penitências leves, orações e em alguns casos tortura, visto que se entendia que a lascívia era transitória e ninguém estava a salvo de praticá-la.⁵³

Findo o breve relato social, passa-se a linha do tempo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo meritório demonstrar as influências legislativas advindas da Coroa portuguesa e fazer uma breve retrospectiva legislativa, desde o período do Império até a República, e posteriormente dos movimentos internacionais de direitos humanos, de modo a demonstrar a evolução no tratamento das relações homoafetivas até os dias atuais e também o que falta ser regulamentado.

Desse modo, cabe mencionar três grandes períodos para análise do ordenamento jurídico brasileiro: O primeiro período foi do direito de família religioso (canônico), com cunho patriarcal, perdurando por quase 400 anos, abrangendo a Colônia e o Império (1500-1889); No segundo período implantou-se o direito de família laico, que fora instituído com o advento da República (1889), com redução gradativa do sistema patriarcal perdurando até a Constituição de 1989; Já o terceiro período é o que se encontra atualmente, em constante modificação, instituído pela Constituição Federal de 1988, e pautado num direito de família igualitário e solidário.⁵⁴

⁵³ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 39-43.

⁵⁴ LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 36-37.

Desde o descobrimento, Portugal impôs à Colônia seu ordenamento jurídico, mediante ordenações do Reino, que levavam o nome dos reis que as instituíram, como por exemplo, as ordenações: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, que remetiam ao direito canônico da Igreja Católica, religião oficial na Colônia e no Império.

Desse modo, o Estado abria mão de regular a vida privada das pessoas em benefício da instituição religiosa, quadro que não se modificou com a Independência do Brasil. Na época se entendia que o interesse público deveria estar voltado em serviço dos interesses familiares hegemônicos. A Igreja regulava a vida das pessoas desde o nascimento até a morte (registros de nascimento, casamento, óbito), estando em poder da Igreja até os cemitérios, quadro mantido até a Proclamação da República.⁵⁵

Os primeiros ordenamentos jurídicos trazidos de Portugal ao Brasil, foram as Ordenações Manuelinas, do período renascentista, onde a sodomia era considerada crime, sendo equiparado a Lesa Majestade, com penas como: confisco de bens, infâmia sobre os filhos do condenado e até a morte na fogueira. Posteriormente, vigeu por cerca de dois séculos as Ordenações Filipinas, que continuaram em vigor mesmo após a Proclamação da Independência, e também considerava crime a sodomia e o bestialismo (sexo com animais), punindo com a morte, queimando-se o corpo e sepultura para não haver memória, e discriminando os descendentes do condenado. Também eram aplicadas penas de açoite e degredo para as mulheres que realizassem sexo anal e para pessoas que usassem roupas do sexo oposto.⁵⁶

O Livro V, Capítulo XIII das Ordenações Filipinas, dispõe:

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e neto ficarão inhabelis e infames, assi como os daquelles que commetterem crime de Lesa Magestade.⁵⁷

No período Imperial, utilizou-se como base o Código Napoleônico e o Napolitano, excluindo-se a figura da sodomia no Brasil. O Código Penal de 1830, não punia mais a prática sexual entre pessoas de mesmo sexo, desde que não em público e entre adultos, sob

⁵⁵ LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 37-38.

⁵⁶ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 44.

⁵⁷ Ordenações Filipinas transcritas na íntegra. Livro V, Título XIII – Dos que commetterem peccado de sodomia e com alimárias. www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/. Acesso em: 20 de jun. de 2012.

pena de ofender a moral e os bons costumes com pena de dez a quarenta dias de prisão, enquadrando-se nesse tipo quem andasse com roupas do sexo oposto. Não houve grandes modificações desse quadro na República e no Código Penal de 1890, mantendo-se o crime contra a moral, apenas sob outro nome, com penas variando de quinze a sessenta dias para quem se transvestisse e de seis meses para ato ou gesto obsceno atentatório ao pudor. O Código Penal de 1940, manteve o delito atentado ao pudor, no Capítulo VI, art. 233, com pena de 3 meses a 1 ano de detenção. O problema é que tal dispositivo aberto dá margem para discriminações, podendo ser considerado ato obsceno o simples vestir-se de maneira diferente aos moldes comuns.⁵⁸

No século XIX predominou o chamado Estado Liberal, caracterizado pela limitação do poder político e não intervenção do Estado nas relações privadas e econômicas, pensamento decorrente do ideário iluminista de liberdade e igualdade. Buscava-se a proteção da propriedade (aquisição, domínio e transmissão) e a igualdade formal dos indivíduos (renegando a igualdade material). Situação modificada com o Estado Social, implantado ao longo do século XX, caracterizado pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos a fim de proteger os mais fracos, visando a solidariedade e justiça social, com a instituição familiar voltada para a promoção da dignidade humana de seus membros.⁵⁹

Com o advento da Constituição Federal de 1988, sob influência do neoliberalismo, tem-se a tutela dos direitos e garantias individuais, declarando-se o fim da discriminação às entidades familiares não matrimonializadas, estabelecendo a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, a igualdade de filhos, e devido a tudo isso, conseqüentemente, acabou permitindo um tratamento menos indiferente aos homoafetivos pelo princípio da pluralidade de entidades familiares.

Referente às transformações ocorridas com a Carta Magna supra citada, Paulo Lôbo expõe: “Se é verdade que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta, a Constituição do Estado social de 1988 foi a que mais interveio nas relações familiares e a que mais as libertou”.⁶⁰

⁵⁸ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 45 e 46.

⁵⁹ LÔBO, **Direito civil**: famílias, p. 20.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 20.

Os movimentos internacionais para garantia à livre orientação sexual, surtiram efeito sendo pauta em importantes tratados internacionais de direitos humanos, incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro como normas supra legais. Dessa forma, os decretos federais 592 e 678, ambos de 1992, promulgaram respectivamente, as normas contidas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica).⁶¹ Essas normas estabelecem, respectivamente:

Artigo 26 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 24 - Igualdade perante a lei - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

Ainda, a Lei Maria da Penha trouxe alguns importantes preceitos, para a proteção contra a violência doméstica, e também, para um conceito de família de acordo com os princípios balisadores de nosso ordenamento. Vejamos o exposto nos artigos 2º, caput, 5º, caput, incisos I e II e par. único, da Lei 11.340/06.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

II - no âmbito da família, compreendida como a **comunidade formada por indivíduos** que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - **em qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo **independem de orientação sexual**.⁶² (grifo nosso)

⁶¹ MARQUES, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p.58-59.

⁶² BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 de out. de 2011.

Percebe-se que a Lei Maria da Penha, além de uma punição contra a violência doméstica, também trouxe um conceito de família, que abrangeu pela primeira vez na norma infraconstitucional as uniões homoafetivas, pois a lei é expressa ao dizer que as relações por ela tratadas independem da orientação sexual, bem como, que a família compreende a comunidade formada por indivíduos, que se consideram aparentados por vontade expressa.

Dessa forma, o texto admite e reconhece implicitamente a existência das famílias homoafetivas, só não tendo esse entendimento quem não quer ver a clareza dos enunciados normativos. Não havendo mais lacuna quanto à configuração da família homoafetiva, mas tão somente ao tratamento jurídico para essas famílias, devendo as lacunas normativas ser supridas pelas técnicas hermenêuticas.⁶³

Todavia, por muito tempo ainda, as uniões homoafetivas foram objeto de malfadados entendimentos, não sendo consideradas entidades familiares, e conseqüentemente, não protegidas pelo direito de família.

Infelizmente pela legislação, entenda-se tanto a Constituição como o Código Civil brasileiro, não há regulamentação a respeito das uniões estáveis homoafetivas e da conversão da união estável em casamento, necessitando o Supremo Tribunal Federal lançar decisão pautada em princípios, analogia e direito comparado para que o paradigma fosse modificado.

Também, oportuno mencionar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu as relações entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e a decisão do Superior Tribunal de Justiça que permitiu a conversão de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, decisões que abordaremos mais profundamente no Capítulo 3 do presente trabalho.

No direito comparado, há grandes evoluções legislativas acerca da proteção para as uniões homoafetivas, nos mais diversos continentes e países, o que demonstra que a preocupação com a regulamentação das uniões homoafetivas é um pensamento jurídico mundial. Assim, salutar mencionar algumas das mais importantes modificações ocorridas no direito comparado, para refletirmos sobre o tema.

⁶³ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A família juridicamente protegida, a lei Maria da Penha e a proteção constitucional da família homoafetiva - equívocos dos julgamentos do TJRS que negaram o direito ao casamento civil homoafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 16. nº 16, Bimestral, jun./jul. 2011. p. 94 a 96.

O Tratado da União Europeia, em seu art. 13, proíbe a prática de qualquer ato de discriminação, e o parlamento europeu promulgou resolução datada de 1994, reconhecendo a existência de direitos dos homossexuais vedando a discriminação.⁶⁴

Em 2001, a Holanda tornou-se o primeiro país a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo e permitindo a conversão das uniões estáveis em casamento, igualando direitos e deveres, inclusive na adoção de filhos. A Bélgica, em 2003, seguiu o mesmo caminho, e em 2005 permitiu o direito a adoção de crianças por casais homoafetivos. Ainda no ano de 2005, Espanha e Canadá também permitiram o casamento homoafetivo, com a possibilidade de adoção. Em 2006 a África do Sul tornou-se o primeiro país do continente africano a também entrar no rol. A Noruega também igualou os direitos e permitiu o casamento e adoção de crianças, sendo que desde 1993 já permitia a união civil. A Suécia desde 1995 permitia a união civil de casais homoafetivos e desde 2009 também permite o casamento e adoção. Portugal no ano de 2010, modificou a definição de casamento, retirando a exigência de diversidade de sexos, contudo ainda não permite a adoção. Ainda em 2010, a primeira ministra da Islândia (Jóhanna Sigurdardóttir) aproveitou-se da lei que permitiu o casamento homoafetivo e casou-se com sua companheira, até então só unidas pela união civil. Nos Estados Unidos, cinco estados permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo: Iowa, Connecticut, Massachusetts, Vermont, New Hampshire e Washington.⁶⁵

No mesmo caminho trilha a Argentina, primeiro país da América Latina, a aprovar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, que mesmo com a pressão da Igreja Católica, o Senado argentino aprovou o casamento homoafetivo por 33 votos a 27, após 14 horas de debates.

Dessa forma, nota-se que alguns países estão muito mais evoluídos legislativamente do que o Brasil, já que debateram o assunto social e juridicamente e derrubaram o preconceito existente para as relações entre pessoas do mesmo sexo, regulamentando uma situação indiscutivelmente presente em nossa sociedade.

No Brasil, deve-se fortalecer o debate e publicização das normas de direito comparado, para que se possa influenciar o Congresso Nacional a realizar sua função precípua, que é legislar, regulamentando as lacunas existentes, de acordo com os princípios expressos e implícitos na Lei Fundamental, permitindo que certos direitos hoje à

⁶⁴ LISBOA, **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões, p. 213.

⁶⁵ BALESTERO, **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 32-33.

disposição e aplicados somente aos relacionamentos heterossexuais, possam ser estendidos aos casais homossexuais.

2.3 Princípios norteadores do direito a diferença

Após a Constituição de 1988, os princípios ganharam força normativa, devendo servir de valor axiológico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, já que são consideradas normas com grau hierárquico superior, e expressam os valores almejados pelo Estado e a sociedade. Diante das várias lacunas existentes no direito, como não poderia deixar de ser, o Direito de Família atualmente é (deveria ser) regulamentado a luz desses valores.

A doutrina e a jurisprudência estão reconhecendo cada vez mais, princípios implícitos cabíveis de aplicação, principalmente para propiciar o livre e completo desenvolvimento da personalidade.

Como já visto, a implantação da ideia de Estado Social, possibilitou não só a proteção dos grupos predominantes, mas também das minorias, que enfrenta discriminação devido a raça, etnia, categoria ou opção sexual.

A doutrina confere aos romanos o início da teoria jurídica dos direito de personalidade. A expressão era usada para reconhecer aqueles que possuíam os três status: libertatis, civitatis e familiae. Porém a proteção aos direitos de personalidade era conferida em ações isoladas, como se depreende das leis: Lex Cornélia, que protegia o domicílio contra invasões, Lex Aquilia, que regulou o direito a integridade física, e a Lex Fábica que estabeleceu meios processuais para defesa da personalidade.

Entretanto, somente na Idade Média a lei ganhou aspectos lógico-filosóficos, tendo como um dos propulsores São Tomás de Aquino, entendendo que a razão é a essência da substância individual de cada indivíduo que é único, ou seja, é a independência do ser humano quanto sua psique, obra, imagem, sexualidade, família e dignidade, já que a racionalidade é pressuposto da dignidade da pessoa humana.⁶⁶

⁶⁶ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 47-50.

Conforme ensina Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira, direitos de personalidade são, “a vida, corpo, nome, imagem, honra, liberdade, igualdade, intimidade, criação, atividade intelectual e corporal, integridade moral e psicológica”, dentre outros, defendendo-se não o direito de ter-se a personalidade, mas de defendê-la, já que é inerente a condição de ser humano.⁶⁷ O mesmo autor, sobre o assunto pontua, “O direito de autodeterminação sexual está fundado na perspectiva de que cada indivíduo tem sua própria sexualidade e comportamento sexual. Isso porque, como já dissemos, a sexualidade está localizada na consciência individual que cada um tem de si, do mundo que o cerca, e da felicidade que almeja.”⁶⁸

Dessa maneira, admite-se a existência de um direito implícito de autodeterminação sexual do indivíduo, permitindo a liberdade de escolha e forma de viver, possibilitando assim a construção completa da personalidade. Como alicerces, ensina Maria Berenice Dias, “A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar que inexistem hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos ou implícitos”⁶⁹.

Esse direito de autodeterminação resulta da evolução dos direitos do homem, devendo ser aplicado para proteger o indivíduo não de forma genérica e sim específica, com todas suas individualidades e diferenças, possibilitando-o manter uma vida exterior, igual àquela que vive interiormente. Este direito está pautado nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade e afetividade.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana:

A Constituição Federal de 1988, com a disposição inserida no seu art. 1º, caput e inciso III, norteia todo ordenamento jurídico brasileiro, em especial o direito de família, que vai muito além do direito obrigacional, ligado de forma inerente à vida, regulando as relações pessoais e os vínculos emocionais, com um fim social. Estabelece o diploma:

⁶⁷ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 50-54.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 123.

⁶⁹ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 59.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana⁷⁰

Trata-se de princípio basilar do ordenamento jurídico, do qual surgem todos os demais. Nessa seara, explica Pereira, “Trata-se, como dito, de verdadeiro macroprincípio constitucional no qual se concretizam direitos fundamentais e do qual se desdobram subprincípios ou princípios implícitos, conforme autoriza o art. 5º, § 2º, da CRFB”.⁷¹

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, conceitua o princípio da seguinte forma:

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo ‘respeito e consideração’ por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁷²

É princípio inerente ao estado Democrático de Direito, servindo de limite e direção na atuação Estatal, promovendo os direitos humanos e a justiça social, e colocando o homem como um fim em si mesmo.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como **valor nuclear da ordem constitucional**”.⁷³ (grifo da autora)

⁷⁰ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf.htm> Acesso em: 29 out. 2011.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito de família. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5. p. 55.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Dimensões de dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37. Apud VECCHIATTI; MARTA, **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 08.

⁷³ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 61.

Corroborar na conceituação José Carlos Teixeira Giorgis, expondo:

É um valor supremo, e acompanha o homem até sua morte, por ser da essência da natureza humana; a dignidade não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo é humilhado, perseguido ou depreciado, sendo norma que subjaz a concepção de pessoa como um ser ético-espiritual que aspira determinar-se e desenvolver-se em liberdade.”⁷⁴

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual, é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.⁷⁵

Desse modo, o aludido preceito tutela de forma inerente a orientação sexual de cada indivíduo, por ser vetor interpretativo do direito de família e de todos os normativos constitucionais e infraconstitucionais, não havendo como regulá-los, sem o respeito à dignidade da pessoa humana.

Deve-se garantir a dignidade a todas as famílias, independente da forma de concepção e dos moralismos sociais. Tratar discriminatoriamente alguém em função de sua orientação sexual é ofensa à dignidade, devendo o Estado impedir o tratamento diferenciado e promover o elemento fundamental da família atual, que é a troca de afeto e vida em comum, com a preocupação voltada para a pessoa humana, não podendo a dignidade ser objeto de troca e alienação por parte dos integrantes dos poderes, em face dos interesses de determinados grupos.

2.3.2 Princípio da liberdade

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988, já estabelece que para a construção de um Estado Democrático é fundamental estar em consonância com uma gama de direitos entre eles a LIBERDADE, nesse sentido diz o preâmbulo:

⁷⁴ GIORGIS, **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas, p. 132.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 135.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁷⁶ (grifo nosso)

O princípio da liberdade refere-se ao direito de qualquer indivíduo poder escolher seu par independente do sexo, e constituir ou extinguir uma entidade familiar, de acordo com seus valores e sentimentos, independente do padrão da sociedade ou do Estado.

Faz parte da primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, tendo o objetivo de eliminar qualquer forma de discriminação, devendo para isso, regulamentar as liberdades de modo a garantir a liberdade individual, pois só existe liberdade se houver igualdade. Permitindo-se a constituição de qualquer união, seja hetero ou homossexual, pois todos tem o direito de escolher seu par perfeito.⁷⁷

Conforme ensina Paulo Lôbo:

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar.⁷⁸

Quanto à liberdade de concepção das entidades familiares entre pessoas do mesmo sexo, Delma Silveira Ibias, estabelece:

A questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo insere-se, no contexto maior, como um exemplo de carência da efetividade dos valores maiores que devem nortear o sistema jurídico nacional. Acredita-se na evolução desse sistema, onde paulatinamente e progressivamente há um aumento da liberdade do indivíduo de intromissões em sua vida privada e intimidade.⁷⁹

⁷⁶ BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf.htm > Acesso em: 29 out. 2011.

⁷⁷ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 63.

⁷⁸ LÔBO, **Direito Civil**: famílias, p. 63.

⁷⁹ IBIAS, Delma Silveira. Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade. In **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 81.

No ordenamento infraconstitucional, consoante ao disposto no art. 1513 do Código Civil brasileiro, assevera a liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar, sem qualquer imposição ou restrição de terceiro na forma de constituição.⁸⁰

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.⁸¹

Conforme predispõe Alexandre Miceli de Alcântara Oliveira, “[...] a única coisa que limita a liberdade de um indivíduo é se seus atos inibem a liberdade de outrem. Neste sentido, a autodeterminação sexual é plenamente sustentável, pois ela diz respeito apenas ao indivíduo relacionando-se com sua própria psique e sexualidade.”⁸²

Assim, fica constatado que a liberdade de orientação sexual é elemento indispensável para o desenvolvimento da personalidade e plenitude de todo ser humano, devendo um Estado que almeja ser igualitário e justo, permitir e tutelar as diferentes formas de orientação sexual, e os arranjos familiares decorrentes.

Portanto, se a família não se fundamenta mais nos moldes tradicionais/patriarcais, tampouco no padrão majoritário da sociedade, evidente que estamos diante de um novo paradigma, com a entidade familiar hodiernamente, pautada na afetividade, liberdade e solidariedade. Esses são pressupostos de um Estado Democrático de Direito, não sendo coerente um Estado que almeja e mira tais escopos, oprimir determinados arranjos familiares por serem minoritários, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico.

2.3.3 Princípio da afetividade

Trata-se de princípio implícito, corolário do respeito da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (arts. 1º, inciso III e 3º, inciso I, ambos da CF/88), norteando as relações familiares. Hoje a entidade familiar é fundamentada na solidariedade e no afeto, prova disso, é o reconhecimento das famílias socioafetivas e o respeito à comunhão de

⁸⁰ GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*: direito de família, p. 25.

⁸¹ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc.htm>. Acesso em: 29 de out. de 2011.

⁸² OLIVEIRA, *Direito de autodeterminação sexual*: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 96.

vida, colocando-se fim as discriminações ocorridas na família patriarcal, que valorizava o matrimônio e os laços biológicos, fatores até então indispensáveis, na constituição familiar.

Com as uniões estáveis reconhecidas como entidade familiar, recebendo a proteção jurídica estatal, o afeto recebeu reconhecimento no sistema jurídico, tendo-se a constitucionalização da família eudemonista, deixando-se os interesses patrimoniais abaixo dos interesses afetivos e existenciais.⁸³

Para sintetizar, Paulo Lôbo explica, “[...] é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.⁸⁴ Nessa linha, contribui Delma Silveira Ibias, que diz: “Proclama-se o modo de visão eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”⁸⁵

Na Lei Fundamental, outros preceitos dão suporte ao presente princípio, estabelecendo no art. 227, caput, que a convivência familiar é prioridade absoluta, o art. 227, § 6º, consagrou a igualdade entre filhos biológicos e socioafetivos, já que atualmente a origem genética não é requisito único para a filiação, quando constituída convivência duradoura com pais socioafetivos ou decorrentes da adoção, e o art. 226 § 4º, que predispõe sobre a dignidade a família composta por qualquer dos pais e seus descendentes.

Conforme ensina Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira:

Esta implícito, no processo de construção da personalidade, entre outros objetivos, a busca pela felicidade; e o sexo e a sexualidade são meio de encontrar alegria e prazer. Então, desenvolver a sexualidade é, também, buscar a felicidade; e, neste aspecto, o direito ao desenvolvimento livre da personalidade, também é o direito da busca pela felicidade.⁸⁶

A sociedade é um conjunto de relações pessoais, e só nela o ser humano vai se desenvolver plenamente, não cabendo ao direito regular sentimentos, mas tão somente tutelar os efeitos resultantes de uma relação pautada no afeto e interesse em vida em comum. Portanto, deve o Estado propiciar que o indivíduo possa buscar seus objetivos e

⁸³ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 69-70.

⁸⁴ LÔBO, **Direito Civil**: famílias, p. 63.

⁸⁵ IBIAS, **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas, p. 83.

⁸⁶ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 108.

interesses individuais, conseguindo integrar-se na sociedade sem discriminações, devendo haver proteção para que se atinja o tão almejado Estado fraterno e igualitário.

2.4 A aceitação social do direito à diferença e a mínima intervenção do Estado

A busca por uma sociedade solidária que reconheça e respeite a diferença não é fácil, mas uma sociedade que faz parte de um Estado Democrático de Direito, pautado pela fraternidade, deve ter como linha a ser seguida a tolerância, respeitando-se as diversas formas de etnias, sexo, crenças e convicções, para permitir que o indivíduo possa construir sua personalidade de forma completa, sem ser restringido no seu direito de escolha em questões inofensivas a outrem.

Atualmente, fundamenta-se o direito chamado de autodeterminação sexual, garantindo ao indivíduo construir sua vida conforme sua orientação sexual. Ocorre que esse direito está intimamente ligado a moral, e por conseguinte tem relação com a sociedade, sendo louvável abordar o tema para possibilitar uma reflexão com o intuito de refletir sobre as discriminações decorrentes da opção sexual de cada ser humano com aqueles que não compreendem uma orientação diferente dos moldes comuns.

Em todas as épocas houve crenças ou hábitos, que foram considerados moralmente bons ou ruins, do bem ou do mal, por exemplo: nos séculos XIV a XVII, criou-se a crença na bruxaria, e aquelas mulheres consideradas bruxas foram perseguidas, sendo para os contemporâneos da época, uma conduta incontestável, o que se modificou posteriormente com o pensamento racional e científico. Desse modo, percebe-se que as crenças e sujeitos se modificam através dos tempos, estando em pauta hoje a diferença entre heterossexualidade e homossexualidade, não sendo coerente partir-se do pressuposto de que todos serão hetero ou homo, devendo ser revista a ideia de se impor a alguém uma forma de amar e desejar sexualmente, cabendo a cada indivíduo essa escolha, do contrário entraremos em um campo discriminador, preconceituoso e intolerante, que já fez com que se pensasse que houvera pessoas humanas inferiores em comparação a outras.⁸⁷

⁸⁷ GIORGIS, **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas, p. 124-126.

Nesse sentido, preconiza Rodrigo da Cunha Pereira:

Precisamos desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente hegemonia de um sobre o outro. Ao contrário, a construção de uma verdadeira cidadania só será possível na diversidade. É somente a partir de uma alteridade, da existência de um diferente, de um outro, é que se pode construir uma identidade. Se fôssemos realmente todos iguais, não seria possível, ou mesmo necessário, falar dessa igualdade. É necessário que haja o diferente para que exista o outro. Sem o outro, sem a alteridade, não existiríamos como sujeitos humanos.⁸⁸

O direito a autodeterminação sexual está ligado de forma inerente à construção da personalidade do ser humano, fundamentado em princípios como a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, com isto, é plenamente justificável moralmente, devendo somente ser coibido, aqueles comportamentos sexuais que ofendam aos princípios referidos, como por exemplo, o estupro, necrofilia e práticas sexuais com menores ou incapazes.⁸⁹ O autor ainda destaca, “Tolerar comportamentos sexuais não usuais não é simplesmente aceitar os outros como eles são, numa perniciosa e indiferente passividade, mas, sim, estabelecer um diálogo, sabendo que uma parte da verdade que não está comigo, provavelmente está com o outro, ainda que muito diferente”⁹⁰

Ao contrário do que vigorava em tempos mais remotos, quando o Estado adentrava nas relações familiares através de normas que limitavam a liberdade, com objetivo de padronizar comportamentos, sob o pressuposto de que o interesse estatal estaria acima do individual, hodiernamente o Direito de Família é compreendido como uma relação jurídica privada, sujeita ao exercício da autonomia privada dos indivíduos.

A transformação para o Estado Social modificou o panorama que vigorava no Estado Liberal, de separação do Estado e do Indivíduo. Diante desta modificação, passou a ocorrer, a intervenção e interferências recíprocas entre o direito público e o direito privado, mas isto não retirou do Direito das Famílias a natureza de direito privado, pois suas relações apesar de normas cogentes são entre entes privados.⁹¹

⁸⁸ PEREIRA, **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica, p. 96.

⁸⁹ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 117.

⁹⁰ Idem, p. 123.

⁹¹ LÔBO, **Direito Civil**: famílias, Saraiva, 2010. p. 41.

O Estado deve regular as condutas das pessoas na sociedade, mas sem deixar de respeitar o direito à liberdade e a vida, entendidas de forma adjetivada, ou seja, digna e feliz, pois a norma não pode enclausurar desejos e emoções inerentes ao ser humano, já que com os direitos humanos teve-se a implementação de normas que não criam apenas deveres, mas estabelecem uma linha de interpretação a ser seguida.⁹²

Destarte, Farias e Rosenthal asseveram:

Com isso, o Estado não deve se imiscuir no âmbito familiar, mantendo incólume o espaço de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através das opções e comportamento. É o que se convencionou família eudemonista, com os seus membros buscando a felicidade plena.⁹³

Atualmente há uma propensão a se diminuir a intervenção do Estado nas relações interpessoais, ainda que o Direito das Famílias tenha características peculiares e proximidades com o direito público, este não é sendo relação de direito privado.⁹⁴

O Estado vai se afastando de um espaço que nunca deveria ter adentrado, somente se justificando a intervenção estatal para garantir direitos fundamentais, como por exemplo, impondo através de uma decisão judicial o reconhecimento da paternidade, ou, forçando a obrigação alimentícia a um genitor que abandona seu filho. Nas palavras de Farias e Rosenthal: “[...] é o fenômeno de privatização da família ou desinstitucionalização da família, impondo uma intervenção mínima do Estado nas relações afetivas”.⁹⁵

Com o reconhecimento da liberdade de atuação do sujeito nas relações privadas, entendam-se familiares, somente se justifica a interferência estatal, para proteção dos vulneráveis, crianças, adolescentes e idosos. Entendimento, decorrente da Lei Fundamental, que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, limitando a atuação do Poder Estatal e permitindo aos membros livres e iguais, conduzirem livremente seus projetos de vida.

⁹² DIAS, *Manual de direito de famílias*, p. 26.

⁹³ FARIAS; ROSENTHAL, *Curso de Direito Civil: direito das famílias*, p. 158.

⁹⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁵ FARIAS; ROSENTHAL, *op. cit.*, p. 159.

A respeito do tema, vejamos o que diz Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira:

Dentre esses direitos, há vários séculos, percebeu-se que o indivíduo mantém, na sua intimidade, uma esfera onde seus comportamentos e ideais estão fora do poder de penetração das regras sociais; a esta esfera dá-se o nome de direitos primeiros ou fundamentais que tem por escopo tutelar a individualidade e a personalidade, protegendo de quaisquer invasões ou ataques tanto de outros indivíduos como pela própria sociedade organizada, ou seja, o Estado.⁹⁶

Não se trata de fazer apologia a homoafetividade, e sim de se ter o bom senso, e entender que não há possibilidade de controlar o desejo e as formas de constituição familiar, estigmatizando aquelas pessoas/famílias que tem um comportamento sexual diferente de determinado padrão considerado moral.

Nessa seara, o poema “Verdade” de Carlos Drummond de Andrade, nos ajuda refletir sobre as diferenças de percepções de cada indivíduo, denotando:

A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez.
 Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade.
 E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil.
 E os meios perfis não coincidiam.
 Arrebentaram a porta.
 Derrubaram a porta.
 Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos.
 Era dividida em metades diferentes uma da outra.
 Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
 Nenhuma das duas era totalmente bela.
 E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.⁹⁷

Depreende-se que cada ser humano tem uma visão ética/moral sobre os comportamentos que o rodeiam, não sendo coerente impor o seu conceito como verdade absoluta, mas sim respeitar mesmo discordando, já que todos os seres humanos são únicos, cada qual com suas individualidades. O modo que alguém demonstra afeto, seja por uma

⁹⁶ OLIVEIRA, **Direito de autodeterminação sexual**: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância, p. 06.

⁹⁷ ANDRADE, Carlos Drummond de. **Corpo**. Rio de Janeiro: Record, 1984.

pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo, não pode ensejar discriminação por ser assunto do âmbito pessoal de cada indivíduo.

Cada relacionamento vai ter seus valores e aspectos éticos particulares, impor ou exigir do outro, determinada conduta, não levará a lugar algum, até porque a história nos mostra que o intuito de padronização da sociedade, com dogmas moralizantes, só levou à marginalização e exclusão dos grupos minoritários.

Conforme propõe Maria Berenice Dias quanto às uniões homoafetivas:

Não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano no que diz com sua condição de vida. A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, não se pode deixar de conceder-lhe os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham idênticas características.⁹⁸

O amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça, devendo o Estado enfrentar a realidade existente, impedindo o estigma que pairam sobre as relações homoafetivas, devido a ser incoerente um sistema jurídico pregar normas de exclusão, não possibilitando o ingresso de determinadas pessoas a titularidade de direitos e deveres, ainda mais tendo por motivos o comportamento sexual, que é ato individual e único em cada relação.

Nessa seara, José Carlos Teixeira Giorgis, afirma, “Não é negando direitos à união homossexual que se fará desaparecer o homossexualismo, pois os fundamentos destas uniões se assemelham ao casamento e à união estável, sendo o afeto o vínculo que une os parceiros, à semelhança dos demais casais, e que gera efeitos jurídicos”⁹⁹.

A ciência jurídica é retardatária em relação às transformações sociais, tornando-se latente a necessidade de se regulamentar esses cotejos sociais, para que se possa respeitar a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana, princípios configuradores do ser humano. As relações sexuais (sentimentais), quando realizadas por pessoas capazes e de forma voluntária, devem ser consideradas um irrelevante jurídico, sob pena de ocorrência da discriminação, vedada também pelo princípio da isonomia.¹⁰⁰

⁹⁸ DIAS, **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas, p. 147.

⁹⁹ GIORGIS, **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas, p. 119.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 116 e 117.

Atualmente, pessoas homossexuais, ocupam todos os cargos e exercem as mais diversas funções na sociedade; juiz, professor, aluno, e não são considerados menos inteligentes ou morais. Não é inteligível a preocupação exacerbada de determinadas pessoas com a orientação sexual alheia. Infelizmente, tantos foram os que tiveram suas vidas arruinadas por esse preconceito, sendo que há tantos outros valores e questões éticas/morais mais relevantes para se preocupar na sociedade.

Desse modo, a aceitação social esta ligada a tolerância, devendo haver sempre o diálogo com aqueles que não compartilham das mesmas ideias, visões e crenças de mundo. Vivemos em um Estado que diante dos seus valores permite o pensar e atuar diferente um dos outros. As relações familiares fazem parte do direito individual de cada um constituir família conforme seus desejos e sentimentos. Sentir atração por outra pessoa do mesmo sexo, não deve ser objeto de discriminação e tratamento diferenciado por parte da sociedade e do Estado, principalmente em decorrência dos valores que o pautam. Devemos abandonar o preconceito, e permitir que as pessoas sejam livres e capazes, que possam amar e constituir família, independente de sua opção sexual, da mesma maneira que todas as outras.

3 DO CASAMENTO CIVIL: A MANUTENÇÃO DA FORMA TRADICIONAL OU RENOVAÇÃO DA PERSPECTIVA FACE O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR

Vimos que o conceito e acepção de família passaram por consideráveis transformações ao longo da história, atualmente vigorando o princípio da pluralidade de entidades familiares, permitindo que a entidade familiar possa ser formada através dos mais diversos arranjos e constituída de diferentes formas. Diante desse panorama regulado pela liberdade de escolha e igualdade, sendo cada vez mais natural relacionamentos homoafetivos, surge a dúvida sobre a manutenção da forma tradicional de casamento ou a renovação da perspectiva com a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Situação importante a ser estudada e apresentada, pois mesmo que os relacionamentos homoafetivos possam ser reconhecidos através da união estável, somente o casamento proporciona determinados efeitos e garantias.

Para evidenciar o afirmado, vejamos uma das mais primordiais diferenças entre uma união estável e o casamento. No âmbito sucessório (patrimonial), se durante uma união estável que tem como regra o regime de comunhão parcial de bens, um dos companheiros falecer, o companheiro sobrevivente nada herdará dos bens particulares do *de cujus*. No entanto, em um casamento civil regulado pela mesma comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente herdará os bens particulares, posto que considerado herdeiro necessário.

A família atualmente está pautada pelo afeto, sim, mas não se pode renegar o cunho patrimonial de uma relação que envolve comunhão de vida, devendo o Estado não permitir um benefício sem justo motivo.

E ainda, há outros efeitos importantes que somente o casamento proporciona, nas palavras de Maria Berenice Dias:

Além de estabelecer a sociedade conjugal e proceder à alteração do estado civil dos cônjuges, gera dois vínculos: (a) vínculo conjugal entre os cônjuges; (b) vínculo de parentesco por afinidade, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro. Os pais do noivo tornam-se sogros do outro. Os parentes colaterais até o segundo grau (os irmãos) tornam-se cunhados. Cessando o casamento, o parentesco em linha reta (sogro, sogra, genro e nora) não se dissolve, vindo a gerar, inclusive, impedimento para o casamento (CC 1521 I).¹⁰¹

Isso demonstra como o legislador infraconstitucional, regulou de forma diferente os efeitos da união estável do casamento, colocando o casamento em um status superior, situação que diante da impossibilidade do casamento homoafetivo, pode gerar graves injustiças e afronta aos direitos fundamentais, sendo instigante analisar a possibilidade de se oportunizar a essas uniões, o direito subjetivo de casarem-se com todos seus efeitos, situação que ocorre com os casais heterossexuais.

Ademais, com as mudanças sociais e do próprio Estado, vedou-se qualquer forma de discriminação, consoante ao disposto no art. 3º, inciso IV, da Constituição, que expressa constituir objetivo fundamental de nossa pátria, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Após breves pinceladas, vejamos sobre a visão histórica do casamento, a atuação dos Tribunais e suas jurisprudências e os fundamentos que pautam as correntes divergentes: favoráveis e desfavoráveis ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, com a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais de nosso ordenamento.

3.1 O Casamento Civil

O casamento é uma das principais formas de constituição de família, tanto é que por muito tempo foi a forma exclusiva de constituição familiar, posto que durante muito tempo as “famílias” não constituídas pelo matrimônio estiveram à mercê de qualquer direito. A Holanda, no ano de 1580, foi o primeiro país a possibilitar como opção o casamento civil, permitindo os católicos de seu país casar-se, visto que a Igreja holandesa era dissidente de Roma. Mas foi a partir da Revolução Francesa que surgiu com força a

¹⁰¹ DIAS, *Manual de direito de famílias*, p. 141.

ideia do casamento ser regulado por lei civil, visto que interessava a sociedade e ao Estado, sendo o Código de Napoleão um marco para a disseminação do casamento civil.¹⁰²

No Brasil, na época do Império a religião oficial era a católica, tendo-se inicialmente apenas o casamento eclesiástico, regulado pelo direito canônico com base nas normas do Concílio de Trento, mas com o crescimento de imigrantes adeptos de outras religiões, as normas do casamento religioso católico não eram mais uniformes a todos, surgindo um casamento de natureza civil, possibilitado o casamentos para católicos e não católicos, bem como daqueles praticantes de seitas dissidentes.¹⁰³

Essas normas foram instituídas pela Lei 1.144 de 1861, regulamentada pelo Decreto de 17 de abril de 1863, e deram um grande impulso para o casamento de natureza civil, nesse sentido Caio Mário da Silva Pereira demonstra o panorama antes da República:

Desta forma, três modalidades de núpcias passaram a ser praticadas: 1º, casamento católico, celebrado segundo as normas do Concílio de Trento, de 1563, e das Constituições do Arcebispo da Bahia; 2º, casamento misto entre católico e não católico, realizado sob a disciplina do Direito Canônico; 3º casamento que unia membros de seitas dissidentes, em obediência às prescrições religiosas, respectivas.¹⁰⁴

Com o advento da República no ano de 1889, houve formalmente a separação do Estado com a Igreja, o casamento eclesiástico deu espaço ao casamento civil obrigatório, com o Decreto nº 181, de 24 de Janeiro de 1890, e depois proclamado na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, que dispunha no art. 72 § 4º, “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”, ou seja, excluindo o casamento religioso.

Sobre essa divisão, Silvio de Salvo Venosa, dispõe “Houve dificuldade de assimilação do sistema pelo clero e pela população de maioria católica na época. Com isso generalizou-se no país o costume do duplo casamento, civil e religioso.”¹⁰⁵. Posteriormente, o casamento civil e o religioso passaram a ocorrer paralelamente, mas por não ser aconselhável haver duas núpcias atribuiu-se efeitos ao casamento religioso, conforme art. 146 da Constituição Federal de 1934.

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v 6. p. 56.

¹⁰³ Ibidem, p. 32

¹⁰⁴ PEREIRA, **Instituições de direito civil**: direito de família, p. 82.

¹⁰⁵ VENOSA, op. cit., p. 32.

Hoje a matéria é prevista no art. 226, § 2º, da Constituição, em conformidade com o que dispõe o Código Civil.

Todavia, devido à manutenção de forte influência religiosa, o casamento continuou por muito tempo a única forma de constituir família, e considerado indissolúvel, visto sua importância social e reprovação dos vínculos extramatrimoniais.

Assim, até 1977, o desquite era a única possibilidade de rompimento, dissolvendo apenas a sociedade conjugal e não o vínculo matrimonial, impedindo os desquitados de casarem-se novamente, situação que os deixava à margem do direito, pois o novo relacionamento não seria considerado uma “família reconhecida”.

A respeito dos desquitados Mary Del Priori, expõe:

Desquitados de ambos os sexos eram vistos como má companhia, mas as mulheres sofriam mais com a situação. As ‘bem casadas’ evitavam qualquer contato com elas. Sua conduta ficava sob a mira do juiz e qualquer passo em falso lhe fazia perder a guarda dos filhos¹⁰⁶

No ano de 1977, com a Lei 6.515 (Lei do Divórcio), possibilitou-se a dissolução do vínculo do casamento, permitindo os ex-cônjuges celebrarem novas núpcias. Entretanto era necessário o cumprimento de longos decursos de prazos para propositura da separação e posteriormente para o divórcio.

Também, se fazia necessário a identificação do responsável pela separação, que obviamente sofria penalidades, tudo em decorrência da influência da indissolubilidade do matrimônio e o patriarcalismo, que mesmo com força reduzida pairava os meandros da sociedade.

Para ilustrar as penalidades para o cônjuge que desse causa à separação, Maria Berenice Dias, dispõe:

A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam o culpado pela separação. Também se sujeitava a tais penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação de responsabilidades.¹⁰⁷

¹⁰⁶ PRIORE, Mary Del. Histórias do amor no Brasil. São Paulo: Contexto, 2005. p. 295. Apud LOBO, **Direito Civil: famílias**, p. 142.

¹⁰⁷ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 139.

Escopo que se modificou com a Constituição Federal de 1988, e seus princípios absorvidos pelo direito de família como a dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade. Recentemente, “A Emenda Constitucional nº 66/2010 finalmente extinguiu o sistema de separação judicial prévia, restando somente o divórcio em nosso ordenamento para desfazimento da sociedade conjugal.”¹⁰⁸, sendo possível agora a dissolução do vínculo do casamento sem a necessidade de qualquer decurso de tempo ou requisito inibidor e discriminatório.

Visto a parte histórica do casamento civil, passa-se a análise da importância das decisões e do olhar constitucionalizado do Poder Judiciário, no que tange a análise e enfrentamento da matéria objeto do presente estudo.

3.2 O Judiciário como legitimador dos preceitos constitucionais

Os Tribunais tem sempre um papel combativo com atuação vanguardista na adequação entre a realidade social e a interpretação e aplicação da norma, e como não poderia deixar de ser, com relação aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, vem traçando decisões pioneiras de acordo com os objetivos e valores já referidos e almejados por um Estado Democrático de Direito.

Antes de adentrar diretamente nas duas decisões mais relevantes ao presente trabalho, é salutar conhecer algumas decisões anteriores do nosso Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que garantiram direitos aos companheiros de relacionamentos homossexuais, e que contribuíram para os Tribunais de outros estados, bem como os superiores seguirem o mesmo caminho.

Quanto à dependência previdenciária, a decisão judicial da 3ª Vara Previdenciária da Justiça Federal da comarca de Porto Alegre, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que concedeu pensão por morte de companheiro ou companheira homossexual (considerando dependente preferencial em pensão por morte e auxílio-reclusão), resultou na Instrução Normativa 25, de 07.06.00, do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.¹⁰⁹

¹⁰⁸ VENOSA, **Direito civil**: direito de família, p. 15.

¹⁰⁹ IBIAS, **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas, p. 94.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estabeleceu no ano de 1999, a competência das Varas de Família para o julgamento das demandas envolvendo pessoas de mesmo sexo, e a partir de 2001, reconheceu a União Homoafetiva, como união estável, salientando-se que muito antes já havia decisões permitindo, a inclusão dos companheiros de mesmo sexo em planos de saúde, pensão pós-morte, benefícios previdenciários, alimentos, bem como, adoções e direitos sucessórios: meação, inventariança, direito real de habitação e direito a herança.¹¹⁰

Isso demonstra a importância dos Tribunais em nossa sociedade como garantidores dos preceitos constitucionais, já que o nosso legislativo tem se mostrado inerte frente a determinados contendas sociais, que mereciam uma maior atuação por parte dos legisladores, exercendo seus mandatos com mais imparcialidade e respeito às categorias minoritárias.

3.2.1 A decisão do Supremo Tribunal Federal

A procuradoria Geral da República em Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI de nº 4.227, apresentou ao Supremo Tribunal Federal dois pedidos, o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e a extensão dos direitos da união estável aos companheiros das uniões entre pessoas do mesmo sexo. E de outro lado, o governo do Estado do Rio de Janeiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF de nº 132, sustentou que o não reconhecimento da união estável homoafetiva contrariava preceitos fundamentais constitucionais como os princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Pois na data histórica de 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a União Estável entre companheiros do mesmo sexo. Os ministros ao julgarem conjuntamente, em conexão, a ADI de nº 4.277 e a ADPF de nº 132, votaram de forma unânime, submetendo o art. 1.723¹¹¹ do Código Civil brasileiro, que na sua literalidade não permitia a união de pessoas do mesmo sexo, a uma interpretação constitucional, que

¹¹⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. Registro: Supremo reconhece união homoafetiva. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, v. 22, nº 22, jun./jul. 2011. p. 103.

¹¹¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

permite o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, constitucionalmente reconhecida.¹¹²

Com isso, o julgamento do STF proporcionou uma quebra de paradigma no direito de família, com a interpretação da lei de acordo com os princípios constitucionais, considerando as uniões homoafetivas núcleo familiar, e equiparando-as as uniões estáveis heterossexuais com aplicação de seu regime aquelas, permitindo aos grupos minoritários constituírem uniões civis regularmente e obterem todos os efeitos decorrentes delas.

Interessante ver alguns trechos do voto do Ministro Relator Ayres Britto, que foi na sua decisão acompanhado pela maioria dos demais ministros, relatando:

[...] a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.

[...] essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional)

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. É como voto.¹¹³

Claramente o Supremo Tribunal Federal ao considerar as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, levou em consideração os direitos fundamentais que garantem a liberdade, igualdade e inviolabilidade da vida privada, permitindo o direito de autodeterminação sexual que é inerente ao ser humano, fazendo parte dos direitos de personalidade.

¹¹² BALESTERO, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 26 e 29.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277- DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 05 de set. de 2011.

A Corte Maior também contemplou a realidade existente em nossa sociedade, protegendo e estendendo direitos a todas as uniões homossexuais mantidas através de uma convivência pública, contínua e duradoura, pautadas pelo afeto. E apesar de algumas divergências entre os votos dos ministros todos consideraram as uniões homoafetivas como entidade familiar, estando submetidas aos regimes da união estável.

Com o julgamento ficou claro a intolerância do Tribunal para com o preconceito, sendo que a decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, abrange a todos e nenhum juiz pode negar o seu reconhecimento.

Dessa forma, apesar do Supremo Tribunal Federal não se pronunciar em matéria de casamento civil, inevitavelmente com o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, pautadas pelas normas da união estável, surge uma consequência importante, à possibilidade da conversão da união civil entre pessoas do mesmo sexo em casamento, o que modificaria a forma tradicional do casamento.

3.3 A interpretação das correntes: norma constitucional e infraconstitucional

A decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo, considerando-a entidade familiar, estando presentes os requisitos configuradores, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura, modificou um paradigma, ensejando uma nova discussão, que é a possibilidade do casamento civil homoafetivo, devido ao previsto, expressamente na Constituição, referente a dever ser facilitada a conversão da união estável em casamento, disposição que gerou dúvidas sobre a possibilidade de habilitação para o casamento sem diversidade de sexo, motivos pelos quais abordaremos o assunto analisando os aspectos doutrinários e jurídicos a respeito do tema, confrontando as duas correntes divergentes para se pensar qual a forma mais adequada de interpretação.

3.3.1 Manutenção da forma tradicional de casamento

Os doutrinadores contrários ao casamento civil entre pessoas de mesmo sexo entendem o casamento sob uma perspectiva tradicional, não sendo possível pela questão histórica e cultural do casamento, bem como devido à omissão do legislador em regular a homoafetividade, e pela literalidade dos artigos reguladores do casamento civil.

Para os defensores dessa corrente mesmo o casamento hoje sendo um ato de direito civil, não se deve esquecer que adveio do âmbito religioso, devendo ser respeitado todo cerimonial. Caio Mário da Silva Pereira, predispõe “Tal caráter sacramental percute necessariamente na sua caracterização jurídica, ainda quando enfocado o matrimônio no plano leigo do direito positivo.”¹¹⁴. Assevera o autor:

Em todas as civilizações. Em todos os sistemas jurídicos. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa a referência Legislativa. Se falta a diversificação por ausência de elementos identificadores, ou por ocultação da verdadeira condição pessoal do cônjuge, a cerimônia realizada nada mais é do que uma aparência de casamento. Mas casamento não é. A ordem jurídica não o pode admitir, ainda que, para anulá-lo.¹¹⁵

Entendem que indiretamente a Lei Maior de 1988, no art. 226, §§ 3º e 5º, vedou a possibilidade do casamento homoafetivo, pois estabelece que “é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher” (situação modificada como já vimos na decisão do STF), bem como, pelo teor do § 5º que predispõe, “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”, merecendo as uniões homossexuais regulamentação diversa.¹¹⁶

Segundo a corrente, a diversidade de sexo é intrínseca ao casamento, tanto pela questão cultural que avança gerações, impetrada inicialmente pela Igreja que regulava o casamento através do Direito Canônico, como pelo teor dos mencionados dispositivos constitucionais, e dos seguintes dispositivos infraconstitucionais, quais sejam, os artigos 1.514, 1.517, 1.565, todos do Código Civil brasileiro, que expressam:

¹¹⁴ PEREIRA, **Instituições de direito civil**: direito de família, p. 72.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 143.

¹¹⁶ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**: direito de família, p. 141.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.¹¹⁷

Nessa linha de pensamento, há necessidade da diversidade de sexo para a realização do casamento, devido à lei fazer expressa referência ao vocábulo “homem e mulher”, na maioria dos artigos, compreendendo não ser possível o matrimônio com identidade de sexos.

Como fica evidenciado na doutrina de Silvio de Salvo Venosa, que afirma quanto aos requisitos para o casamento:

Outra sua característica fundamental é a diversidade de sexos. Não há casamento senão na união de duas pessoas de sexo oposto. Cuida-se de elemento natural do matrimônio. A sociedade de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma união de direito de família; se direitos gerar, serão do campo obrigacional. Ainda que se defenda mais recentemente a proteção à relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva, qualquer legislação nesse sentido deve alterar o preceito constitucional, o qual, tanto para o casamento, como para a união estável, estabelece a diversidade de sexos (art. 226 § 3º).¹¹⁸

Ou seja, entende que para a possibilidade tanto do casamento como da união estável, com identidade de sexo, seria necessário uma reforma tanto constitucional com infraconstitucional.

Conforme a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, as famílias se dividem em constitucionalizadas e desconstitucionalizadas, sendo as primeiras instituídas pelo casamento e união estável, entre homem e mulher, e as monoparentais, já as desconstitucionalizadas, consideradas as demais, como por exemplo, as derivadas de pessoas do mesmo sexo, quanto a estas podendo o legislador dispor sobre a participação dos companheiros de mesmo sexo na herança, mas com quotas inferiores as atribuídas às pessoas casadas, não havendo inconstitucionalidade por serem famílias

¹¹⁷ BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc.htm>. Acesso em: 29 de out. de 2011.

¹¹⁸ VENOSA, **Direito civil**: direito de família, p. 27.

desconstitucionalizadas, somente sendo permitido pela legislação atual o casamento entre pessoas de sexos diferentes.¹¹⁹

Seguindo o entendimento tradicional, Caio Mário da Silva Pereira refere a respeito da diversidade de sexo, “[...] não está aí apenas um elemento jurídico, mas um elemento natural do matrimônio tão relevante que não se qualifica somente como requisito, porém se erige em pressuposto fático de sua existência, cuja postergação vai fundamentar a teoria do ‘casamento inexistente’.”¹²⁰. O que demonstra que para o autor há situações que extrapolam a questão jurídica, devendo o ato nupcial reunir não apenas duas pessoas, mas com sexos opostos, sob pena de incidir a teoria do casamento inexistente.

Essa asserção “extrapolam a questão jurídica”, deve-se ao fato de que no texto legal, não há referência expressa da impossibilidade do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, tanto nos impedimentos, como nas causas suspensivas, não há qualquer referência de que o casamento sem diversidade de sexo seria caso de anulação, motivo pelo qual surgiu a teoria do casamento inexistente.

Quanto à origem da Teoria do casamento inexistente ensina Carlos Roberto Gonçalves:

A teoria foi concebida no século XIX por ZACHARIAE VON LINGENTHAL, em comentários ao Código Napoleão escritos em 1808 na Alemanha, e mais tarde desenvolvida por SALEILLES em estudo realizado em 1911, para contornar, em matéria de casamento, o princípio de que não há nulidade sem texto legal (pás de nullité sans texte), pois as hipóteses de identidade de sexo, falta de consentimento e ausência de celebração não costumam constar nos diplomas legais.¹²¹

Para os adeptos da teoria do casamento inexistente, além dos requisitos para o casamento que podem gerar a invalidade (nulo e anulável), há certos pressupostos que se não respeitados tornam o casamento inexistente, não devendo ser reconhecido efeito algum. Essa teoria tem como formas passíveis de incidência, o casamento realizado com identidade de sexos, falta de celebração ou ausência de manifestação de vontade.

¹¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família/sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 27.

¹²⁰ PEREIRA, **Instituições de direito civil: direito de família**, p. 78.

¹²¹ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro: direito de família**, p. 141.

Corroborando com o entendimento Silvio de Salvo Venosa, descreve, “É considerando inexistente o casamento no qual o consentimento não existe, na ausência de autoridade celebrante, ou quando há identidade de sexos”¹²². Nessas situações ocorre à falta de um pressuposto fático, ao contrário das nulidades onde o pressuposto é de direito, o casamento inexistente não produz qualquer efeito nem mesmo provisório, pode ser decretado sem a necessidade de ação ordinária anulatória.

Se duas pessoas do mesmo sexo casarem, estaremos diante de uma farsa, um casamento inexistente, pois seria um absurdo um matrimônio de duas mulheres ou dois homens, devendo o juiz caso se depare com essa situação pronunciar sua invalidade, negando o caráter matrimonial a união.¹²³

Entretanto, ocorrendo lavratura no registro ou nos casos que se exija produção de provas, haverá necessidade de ação, podendo ocorrer a qualquer tempo visto que não pode prescrever ou decair um ato que nunca se formou, ao contrário do que acontece na teoria das nulidades.

Referindo-se ao clamor público e as inovações trazidas em projetos e decisões inovadoras, Sílvio de Salvo Venosa diz:

De qualquer modo, encarado como um fato social, qualquer que seja o sentido dessas relações lege ferenda, ou seja, seu valor axiológico, seu nível jurídico nunca poderá ser o de matrimônio, ainda que alguns de seus efeitos secundários sejam conferidos, como, por exemplo, o direito à herança, a benefícios previdenciários, a planos de saúde, devendo a relação ficar acentuadamente no plano do direito das obrigações, fora do sublime e histórico conceito de família e casamento.¹²⁴

Portanto, percebe-se que para esta corrente diante do caráter cultural do casamento onde primou-se sempre pela diversidade de sexo, e não havendo dispositivo expressando claramente a permissão para o casamento com identidade de sexo, não há possibilidade de modificação do modelo tradicional de casamento, realizado entre homem e mulher, somente sendo possível modificar-se o panorama, com a atuação do legislativo modificando a norma constitucional e infraconstitucional, pois com o atual ordenamento está vedada a possibilidade.

¹²² VENOSA, **Direito civil**: direito de família, p. 103.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5. p. 68.

¹²⁴ VENOSA, op. cit., p. 28 e 29.

3.3.2 Renovação da perspectiva: Casamento Homoafetivo

Os doutrinadores adeptos da visão moderna de direito de família, segundo a qual se permite as mais diversas formas de constituição familiar, desde que presentes os pressupostos da afetividade, publicidade e continuidade, consideram ser possível o casamento homoafetivo, por o casamento ser um instituto de direito civil e não haver uma norma negativa de exclusão quanto à identidade de sexo, bem como, pelos princípios que regem nosso Estado, sem esquecer-se da analogia e do caráter evolutivo da sociedade comprovadas em recentes decisões jurisprudenciais.

Evidente que o casamento tem forte influência cultural, por muito tempo foi regido pelo Direito Canônico, a Igreja fez do casamento uma forma de manter o poder e disseminar a religião, e a dificuldade de extirpar determinados dogmas é facilmente comprovada na história do casamento civil brasileiro.

Relativo à influência religiosa em nosso país, Maria Berenice Dias, expõe:

A Igreja fez do casamento forma de propagar a fé cristã: cresci e multipliquei-vos. A infertilidade dos vínculos homossexuais levou a Igreja a repudiá-los, acabando por serem relegados à margem da sociedade. Claro que a forma de demonstrar reprovação a tudo que desagrade à maioria conservadora é condenar à invisibilidade. O legislador, com medo da reprovação de seu eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo da discriminação.¹²⁵

Motivos estes que deram origem a “aberração jurídica” do modelo duplo para a dissolução do casamento (separação e divórcio), conhecido apenas no Brasil, visto sua necessidade de criação por influência eclesiástica com seu ideal de indissolubilidade matrimonial, posto que a separação anterior ao divórcio em caso de arrependimento retomar a sociedade conjugal.

Salutar observar, que levou-se aproximadamente 86 anos da separação formal do Estado com a Igreja e a imposição do casamento civil, até se desenraizar o caráter indissolúvel do casamento, permitindo-se a dissolução do vínculo do casamento somente em 1977, com a Lei do divórcio.

¹²⁵ DIAS, *Manual de direito de famílias*, p. 186.

E ainda, foi necessário da promulgação da Lei do divórcio, esperar mais 35 anos para se extinguir os prazos impostos e a prévia separação judicial (desquite camuflado) para se possibilitar o divórcio direto sem necessidade de decurso de prazos. Isso foi possível diante da Emenda constitucional 66/2010, que deu nova redação ao art. 226 § 6º, da Constituição, depois de muita discussão na doutrina e jurisdição.

Data máxima vênua, atualmente o casamento é um instituto de direito civil, reconhecendo-se efeitos civis ao casamento religioso. Os próprios doutrinadores que exigem a diversidade de sexo, afirmam que tratar-se de instituto civil.

Vejamos o que diz o tradicional doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

[...] Como examinamos, durante muitos séculos foi considerado ato de natureza religiosa e privativo da igreja. A liberdade de crença e a multiplicidade de cultos prepararam terreno para a secularização do matrimônio. **Hoje, embora ainda existam países de religião oficial na qual tem proeminência o conteúdo religioso, entre nós é negócio eminentemente civil.**¹²⁶ (grifo nosso)

Quanto à possibilidade de mudança do conceito de casamento, até os doutrinadores tradicionais, como: Sílvio de Salvo Venosa e Caio Mário da Silva Pereira, concordam:

Destarte, a noção de casamento não pode ser imutável, como sói acontecer com a compreensão de todos os fenômenos sociais que se modificam no tempo e no espaço.¹²⁷

É óbvio que a noção conceitual do casamento não pode ser imutável. As ideias que convinhavam ao povo hebreu do Velho Testamento, que satisfaziam o grego, que predominavam no Século XX – já não atendem às exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação do social, do político e do econômico. E sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.¹²⁸

Como já vimos diversos países já permitiram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, e como prova de que tudo é questão de evolução e tempo, tem-se como exemplo a Holanda primeiro país a possibilitar o casamento civil como opção no ano de 1580, e também a autorizar o casamento civil homoafetivo no ano de 2001, atribuindo-lhe os mesmos efeitos do casamento heteroafetivo.

¹²⁶ VENOSA, **Direito civil**: direito de família, p. 27.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 25.

¹²⁸ PEREIRA, **Instituições de direito civil**: direito de família, p. 68.

Quanto a Teoria do casamento inexistente a mesma surgiu em face da omissão legislativa e recusa de certos grupos em conceder validade ao casamento homoafetivo.

Nesse sentido, Paulo Lôbo, assevera, “A questão sobre o casamento inexistente, que era aludida pela doutrina tradicional, perdeu o interesse de que desfrutou. Afinal, casamento inexistente é não casamento, ou seja, não configura ato jurídico, permanecendo no mundo dos fatos.”¹²⁹, e continua, “O casamento só é nulo ou anulável nos casos apontados expressamente por alguma norma jurídica de direito de família”¹³⁰

Corroborando Gabriela Soares Balestero, que afirma:

A teoria do casamento inexistente, no Brasil, terminou por ser arquitetada em virtude da omissão legislativa e da recusa em se conceder validade ao casamento homossexual, não obstante a inexistência do tal ato na lei, ou de um dispositivo legislativo que indique a inexistência do matrimônio, como era o caso de Portugal¹³¹

Disposição que deixa claro que na verdade, com o perdão da redundância, não existe casamento inexistente. Os próprios doutrinadores adeptos da teoria se contradizem ao afirmar que a teoria foi criada porque não existe no ordenamento jurídico a hipótese de impedimento ou nulidade para o casamento com identidade de sexo.

É o que se desprende da assertiva do consagrado doutrinador Sílvio de Salvo Venosa, “Em matéria de casamento, se levadas em conta unicamente as nulidades textuais, aquelas presentes no texto legal, restariam situações absurdas que não se amoldam à noção primeira e fundamental do matrimônio”¹³². É a confissão de que a lei não consagra a classificação do casamento inexistente, não havendo impedimento legal para o casamento com identidade de sexo, e quanto à função primordial do matrimônio, veremos adiante é a comunhão de vida.

Com efeito, o inciso II, do art. 5º da CF/88, prevê “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, preceito constitucional que veda proibições implícitas. Destarte, é uníssono na doutrina que somente existe nulidade que expressamente contida na regra, verifica-se a impossibilidade de nulidade implícita

¹²⁹ LÔBO, **Direito Civil**: famílias, p. 115.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 115.

¹³¹ CHAVES, Marianna. Portugal e o casamento homoafetivo: o que dizer sobre a vedação à adoção por casais homossexuais?. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 22. nº 22. Bimestral, jun./jul. 2011. p. 44.

¹³² VENOSA, **Direito civil**: direito de família, p. 28.

diante da norma supra citada, para tanto o Código Civil disciplina os casos de nulidade e de anulabilidade.

Entretanto parte da doutrina clássica persiste em enfatizar a teoria do casamento inexistente, mesmo sem haver qualquer menção sobre o assunto no ordenamento jurídico, conduta que demonstra a força dos dogmas e de determinados nichos da sociedade, que influenciam a doutrina e o legislativo a deixar as minorias sem a devida proteção.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, os direitos e deveres devem ser aplicados a todos sem distinção, principalmente aos grupos minoritários, já que a democracia deve ser entendida como um regime jurídico dos direitos fundamentais e não somente como a vontade da maioria, pois ela somente se justifica para a tutela daqueles.

Nesse sentido, André Ramos Tavares fundamenta:

A democracia só será plena quando estiver presente (não como suficiente) o modelo majoritário e, além dele, estiverem assegurados os direitos e liberdades fundamentais, o princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), e desde que existam mecanismos que assegurem que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução histórica de conquistas.¹³³

Retomando o afirmado até o momento, o casamento é instituto civil, a teoria do casamento inexistente é controversa entre os próprios adeptos, e os doutrinadores modernos não lhe dão reconhecimento considerando que o Código Civil não a adota. O conceito do casamento não pode ser imutável, já que a sociedade se modificou política, cultural, econômica e socialmente. O direito de constituir família faz parte dos direitos fundamentais, envolve a intimidade, privacidade e personalidade do ser humano, devendo o direito de família abarcar as relações homoafetivas. A democracia é o governo de leis e não de homens e das majorias, cabendo a uma verdadeira democracia assegurar que a lei abranja a todos e seja cumprida por todos.

Diante disso, cabe ao legislador cumprir seu papel principal que é legislar regulamentando certos direitos fundamentais que hoje são excluídos das minorias, deixadas à margem da tutela estatal, por preconceito e interesses escusos.

¹³³ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 509. Apud VECCHIATTI, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 106.

Desse modo, demonstra Gabriela Soares Balestero:

Nesse sentido, diante do reconhecimento dos direitos das minorias sexuais pelo Supremo Tribunal Federal, mostra-se premente a necessidade de o Poder Legislativo aprovar o Projeto de Emenda à Constituição Federal que garanta o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista ser uma realidade social, porém, colocada à margem do descaso dos governantes, da violência e do preconceito.¹³⁴

Entretanto, mesmo o legislador não agindo, como veremos adiante é possível à regulamentação do casamento civil homoafetivo, com as normas de interpretação e analogia de nosso ordenamento, e dos valores que regem nosso Estado, até porque a Corte Maior de justiça reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar permitindo a união estável.

A diversidade de sexo não encontra abrigo jurídico na norma constitucional e infraconstitucional, motivos pelos quais por preconceito invocou-se durante muito tempo a teoria do casamento inexistente. Diante disso, não estando no ordenamento jurídico à previsão expressa da impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não sendo a procriação a finalidade precípua do matrimônio, resta evidente o equívoco da doutrina e jurisprudência ao levar em consideração esse elemento dito natural.¹³⁵

Não obstante, quando a norma constitucional ao tratar do casamento no art. 226, §§§§, 1º, 2º, 3º e 5º, e a Lei 10.406 de 2002 (Código Civil brasileiro), nos artigos 1.514, 1.517, 1.565, fazem menção a expressão “homem e a mulher”, não significa que o casamento ou a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não deva ser autorizado, visto que a legislação não está impossibilitando o casamento com identidade de sexos, pois deve-se buscar a finalidade da norma, do contrário seria seguir um entendimento positivista e legalista, considerado defasado atualmente.

Além disso, o objetivo do casamento, tanto para os heteroafetivos como para os homoafetivos, é a comunhão de vida, com um vínculo patrimonial e psicológico entre duas pessoas, independente do sexo, regulado pelo amor.

¹³⁴ BALESTERO, *Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 26.

¹³⁵ DIAS, *Manual de direito de famílias*, p. 252.

Merecedora de menção é a meritória análise dos dispositivos quanto à extensão norma, feita por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que aduz:

Afinal, não se diz que a expressão ‘homem e mulher’ abrangeria a união entre pessoas do mesmo sexo, **mas que ela é meramente exemplificativa, não taxativa**, pela valoração que se atenta ao objeto de proteção dos regimes jurídicos do casamento civil e da união estável (que é a família, donde, sendo a união homoafetiva uma família, é ela merecedora de ambos os regimes jurídicos).¹³⁶ (grifo nosso)

Conclui-se que é diferente a norma permitir o casamento com diversidade de sexo, de excluir o casamento sem diversidade de sexo. Até porque se a intenção fosse essa estaria disposto nos artigos supra citados “apenas homem e mulher”, ou seja, não se pode dizer que a norma proíbe o casamento de pessoas do mesmo sexo, visto que não há uma norma de exclusão.

Fundamentando o disposto, os artigos 1.521¹³⁷ e 1.523¹³⁸ do Código Civil, que respectivamente tratam dos impedimentos absolutos e relativos (causas suspensivas), ambos não fazem qualquer menção a respeito do casamento com identidade de sexo, tampouco exigem como elemento de validade a diversidade de sexo.

O art. 1.548¹³⁹ do mesmo diploma, que trata do casamento nulo, elenca duas possibilidades: ausência de capacidade e desrespeito aos impedimentos legais. Ou seja, também não faz referência ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. O mesmo se vê no art. 1.550¹⁴⁰, que trata do casamento anulável.

¹³⁶ VECCHIATTI, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 98

¹³⁷ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

¹³⁸ Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

¹³⁹ Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - por infringência de impedimento.

¹⁴⁰ Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Ademais, na doutrina se elenca múltiplas finalidades para o casamento, mas conforme destaca, Carlos Roberto Gonçalves, hodiernamente, “Sem dúvida, a principal finalidade do casamento é estabelecer um comunhão plena de vida, como prevê o art. 1.511 do Código Civil de 2002, impulsionada pelo amor e afeição existente entre o casal e baseada na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência”¹⁴¹. Diante disso, percebe-se que as demais finalidades do casamento como: procriação, perpetuação da espécie, atribuição do nome ao cônjuge e satisfação sexual, dentre outras elencadas na doutrina, são secundárias.

Concernente ao elemento essencial para o casamento, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti explica:

[...] o entendimento do amor familiar como o elemento formador da família contemporânea afasta a colocação da diversidade de sexos como ‘essencial’, pois a partir do momento em que se percebe que as uniões homoafetivas são por ele pautadas e que o casamento civil é um regime jurídico que visa proteger casais pautados pelo amor familiar, então se percebe que ele é a condição essencial para o casamento civil, e não a diversidade de sexos.¹⁴²

O valor atinente à família é o amor familiar, não a diversidade de sexos – a diversidade de sexos é um fato, não um valor, e como demonstrado a norma protege um fato em razão de um valor, não se limitando a proteger o fato por pura arbitrariedade do legislador¹⁴³

A heteroafetividade seria inerente ao matrimônio somente se a finalidade precípua do casamento fosse à procriação. Assim, resta evidente que é possível estender o regime jurídico do casamento civil e da união estável as uniões homoafetivas, visto que a essência dos vínculos de afetividade entre heteroafetivos e homoafetivos são os mesmos, o amor com a finalidade de comunhão de vida, de forma pública, contínua e duradoura.

Percebe-se na sociedade contemporânea uma evolução nos costumes e nos conceitos morais, se modificando paradigmas antigos, fazendo surgir novos modelos familiares, como a família homoafetiva, devendo-se regular e proteger essas novas entidades familiares.

O fim de nosso estado é conforme a Constituição a realização do bem comum, em uma sociedade livre, justa e igualitária, sem preconceitos, estando incorporado o direito de

¹⁴¹ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**: direito de família, p. 46.

¹⁴² VECCHIATTI, **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, p. 109 e 110.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 111.

ser feliz no conceito de direitos fundamentais, devendo o Estado promover uma vida plena para todos os cidadãos.

A omissão legislativa não pode servir de obstáculo para à outorga de direitos e deveres aos homossexuais, conforme soluciona Maria Berenice Dias:

O juiz não pode excluir direitos alegando ausência de lei. Olvida-se que a própria lei reconhece a existência de lacunas no sistema legal, o que não o autoriza a ser omissor. A determinação é que julgue (LICC 4º e CPC 126): quando a lei for omissa, o juiz decidirá. Inclusive lhe são apontadas as ferramentas a serem utilizadas: analogia, costumes e princípios gerais de direito. O julgador não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei.¹⁴⁴

Adiante, o Decreto-Lei 4.657 de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga LICC, que teve o nome alterado pela Lei 12.376, de 2010), nos artigos 4º e 5º, bem como, a Lei 5.869 de 1973, Código de Processo Civil, art. 126, trazem as seguintes disposições:

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

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.¹⁴⁵

Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.¹⁴⁶

Nesse sentido, cabe ver a respeito do tema, um trecho do voto do Min. Rel. Luis Felipe Salomão, em recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, onde foi permitido o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, expressando quando ao dever do poder judiciário:

¹⁴⁴ DIAS, **Manual de direito de famílias**, p. 190.

¹⁴⁵ BRASIL. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942.

Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos_leis/1942-004657-licc/declei4657-licc.htm>. Acesso em: 20 de out. de 2011.

¹⁴⁶ BRASIL. Código de processo civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc.htm>. Acesso em: 29 de out. de 2011.

Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode “democraticamente” decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias.¹⁴⁷

Desse modo, no caso de inoperância do Poder Legislativo, cabe ao Poder Judiciário consagrar os valores de nossa sociedade e arquitetados na norma constitucional, visto que no caso de não atuar estará corroborando para a perpetuação de injustiças dando ensejo a um possível enriquecimento sem causa. O juiz não pode deixar de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, devendo julgar, direcionado pelos valores que pautam nosso ordenamento jurídico, os princípios constitucionais que são a base axiológica de qualquer regra, servindo para criar e interpretar a lei.

Nessa linha de pensamento Raphael Peixoto de Paula Marques, refere, “[...] a Constituição é uma aquisição evolutiva da modernidade que estabelece uma assimetria no Direito, servindo de medida de conformidade ou não-conformidade ao conteúdo de todas as outras leis e atos jurídicos”¹⁴⁸.

Desse modo, Gabriela Soares Balestero define, “Portanto, a ausência de previsão legal não implica na impossibilidade de aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e dignidade da pessoa humana, sendo o casamento um direito de todos.”¹⁴⁹ No mesmo sentido Marianna Chaves, dispõe, “Já existia o entendimento de que o casamento civil homoafetivo era possível no Brasil antes mesmo da decisão do STF – que veio foi um caminho a mais, um plus.”¹⁵⁰

Com isso, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, dispõe:

Assim, a interpretação teleológica dos dispositivos legais atinentes ao casamento civil e à união estável leva à conclusão, segundo a qual estes regimes jurídicos são aplicáveis às uniões homoafetivas por interpretação extensiva ou analogia, que são sucedâneos da isonomia, no sentido de demandarem tratamento idêntico àqueles que se encontrem em situação idêntica ou idêntica no essencial, respectivamente.¹⁵¹

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de out. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de out. 2012.

¹⁴⁸ MARQUES, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 49.

¹⁴⁹ BALESTERO, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 32.

¹⁵⁰ CHAVES, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 48.

¹⁵¹ VECCHIATTI, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, p. 98.

Muitos homossexuais desejam ver seus direitos de personalidade e patrimoniais tutelados e, a habilitação do casamento permitiria uma maior aceitação dessas pessoas em seus trabalhos, na sociedade e na própria família às vezes, reconhecer os vínculos afetivos, as famílias, dessa classe tão estigmatizada no passado é um dever do Estado, até porque permitir o casamento homoafetivo é tutelar um fato existente na sociedade.

Os argumentos contrários ao casamento com base na tradição e na religião são frágeis, sempre relativos a questões históricas, de que as coisas devem ser assim, porque sempre foram, ou seja, argumentos sem fundamento sem força jurídica, não levando em consideração as modificações existentes na sociedade.

Atentando, há muito tempo a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença ou mera opção, faz parte da natureza da autonomia privada do ser humano. Hodiernamente as uniões homoafetivas são consideradas, sem dúvida, entidade familiar visto a decisão do STF, que reconheceu a essas uniões o caráter de união estável.

Ademais, deve-se permitir a aplicação dos regimes jurídicos do casamento civil para os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, visto não haver motivos racionais para entendimento contrário, e a Lei Fundamental asseverar que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento.

Trata-se para os adeptos dessa corrente uma impropriedade reconhecer a união estável homoafetiva e negar o casamento civil, visto que ambos buscam a proteção da família, não há motivo lógico para se usar a interpretação extensiva ou a analogia para um caso e não para o outro, sendo que tanto nas uniões heteroafetivas como nas homoafetivas, o objeto central é o mesmo, a comunhão plena de vida.

3.3.3 O recente julgado do Superior Tribunal de Justiça

No dia 25 de outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento reconheceu por maioria de votos o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A decisão da turma composta por 5 ministros, decidiu por (4 x 1), autorizar o casamento de um casal de gaúchas que vive junto a cinco anos.

As partes haviam pedido em dois cartórios de Porto Alegre o registro do casamento e diante da recusa em ambos, resolveram entrar na Justiça.

No processo declararam um relacionamento estável de três anos, e que não haveria óbice no ordenamento jurídico para as pessoas do mesmo sexo casar. Entretanto, tiveram a habilitação negada tanto pelo Juízo da Vara de Registros Públicos da Comarca de Porto Alegre, que julgou improcedente por impossibilidade jurídica do pedido, como pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível), onde foi desprovido o recurso e mantida a sentença do juízo de primeiro grau na íntegra.

A decisão do STJ deu-se no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378-RS, pela 4ª Turma, tendo como relator o Min. Luis Felipe Salomão. As partes sustentaram no recurso não existir impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em acórdão a turma por maioria, deu provimento ao recurso especial, decidindo pelo “prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio”.

Transcrevo, para entendimento e fundamento da decisão do STJ, alguns trechos do voto do Rel. Min. Luis Felipe Salomão:

Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

[...] a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênia, não é a mais acertada. Os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º).

Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.¹⁵²

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de out. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de out. 2012.

A decisão do STJ segue a linha do entendimento do STF, mas vai além, apesar de não ser "vinculante", ou seja, não obriga juízes e tribunais estaduais a seguirem a mesma linha. Mas a decisão passa a representar jurisprudência do STJ, constituindo-se em uma orientação importante para magistrados.

Desse modo, não significa que a decisão possa ser aplicada a outros casos, mas sem dúvida nenhuma, abre um precedente pra que os tribunais de instâncias inferiores ou até mesmo cartórios adotem posição semelhante.

3.4 A conversão da união estável em casamento

O constituinte com o intuito de facilitar a celebração do casamento das pessoas que mantém comunhão em união estável, regulamentou no § 3º do art. 226, que a lei facilitará a sua conversão em casamento. Ocorre que a Lei nº 9.278/96 estabeleceu em seu art. 8º, que a conversão ocorreria por requerimento ao Oficial do Registro Civil¹⁵³, mas não explicou o procedimento a ser adotado, conseqüentemente se exigindo o procedimento comum de habilitação para verificação de impedimentos matrimoniais. A norma foi posteriormente revogada, pelo art. 1726 do Código Civil¹⁵⁴, que passou a exigir que o pedido fosse realizado pelos companheiros ao juiz com assento no Registro Civil, sem novamente explicitar o procedimento.

De tais disposições, percebe-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, visto que afronta expressamente determinação constitucional, qual seja, a facilitação da conversão união estável em casamento, pois no momento em que o dispositivo exige pedido ao juiz, obviamente será necessário acionar a máquina jurisdicional, desse modo sendo imprescindível a presença do advogado, intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, de acordo com o disposto nos artigos 84 e 246 do Código Civil, sob pena de nulidade absoluta do processo, e ainda, a conseqüente necessidade de pagamento de custas e honorários advocatícios¹⁵⁵. Na mesma linha de raciocínio Maria Berenice Diaz relata,

¹⁵³ Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

¹⁵⁴ Art. 1.726 A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

¹⁵⁵ FARIAS; ROSENVALD, *Curso de Direito Civil*: direito das famílias, p. 567-568.

“Ora, a necessidade de processo judicial, que implica contratação de advogado, pagamento de custas e, quem sabe, até produção de provas, é fator complicador”¹⁵⁶.

O que demonstra que o procedimento a ser adotado para a conversão da união estável em casamento dificulta e não facilita, tornando-se mais complicado converter a união já existente do que concebê-la através do casamento, pois o procedimento de habilitação é feito sem o acionamento da jurisdição, presença de advogado, pagamento de custas e provas.

Com isso, não está se respeitando preceito constitucional que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento, sendo a norma infraconstitucional eivada de inconstitucionalidade visto que afrontar a Lei Maior.

Motivos pelos quais é adequado permitir o casamento civil homoafetivo não somente através da conversão da união estável, mas também para direta habilitação, sob pena de impor-se uma dificuldade a mais a essas entidades familiares.

¹⁵⁶ DIAS, *Manual de direito de famílias*, p. 148.

CONCLUSÃO

Resta evidente que a família está em constante transformação, como se depreendeu da passagem da família patriarcal, que sacrificava seus integrantes em prol de interesses econômicos, patrimoniais e reprodutivos, para a moderna família, denominada eudemonista, pautada pelo dever de igualdade entre os membros no poder familiar, pela solidariedade e colaboração mútua, figurando como valor essencial o afeto.

Verificou-se que a homoafetividade sempre esteve presente na sociedade, inclusive nas bases da civilização, em alguns momentos considerada natural, mas por influência moral e religiosa passou a ficar a margem de qualquer direito. Entretanto, apesar de lenta é notória a evolução dos direitos aos homossexuais, situação garantida com a implantação do Estado Social, que interveio nas relações privadas, no que tange a proteção dos vulneráveis e dos direitos fundamentais.

Demonstrou-se, que a Constituição Federal de 1988 instituiu uma gama de princípios, explícitos e implícitos, restando consagrado o princípio da pluralidade das entidades familiares. Com isso, a família deixou de ser criada apenas pelo casamento e laços consanguíneos, passando a ser formada através dos mais diversos arranjos, inclusive pelas famílias homoafetivas. Constatou-se que o fato de a família homoafetiva não estar regulamentada pela norma infraconstitucional, não é impeditivo para sua configuração, visto a norma de inclusão da Lei Maior, não se olvidando do conceito de família apresentado pela Lei Maria da Penha e em decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha, a Corte Maior ao submeter a norma infraconstitucional, a uma interpretação de acordo com os princípios constitucionais, expressando que deve ser retirado da lei qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável homoafetiva, se aplicando as mesmas regras e efeitos da união estável, permitiu, ainda que indiretamente, o direito ao casamento civil homoafetivo.

Também, restou evidenciado como é lenta a modificação das normas concernentes ao casamento, como é difícil extirpar determinados dogmas devido ao caráter cultural e sacramental. O casamento não tem mais o caráter procriacional ou de indissolubilidade. O argumento cultural e religioso cai por terra, visto que o casamento é instituto de direito civil; ainda, diversos países já discutiram e permitiram casamento civil homoafetivo,

contribuindo com a noção de que casamento não é imutável devendo-se levar em consideração os fenômenos sociais.

Ademais, a respeito da teoria do casamento inexistente, a mesma apresenta argumentos controversos, não havendo no ordenamento jurídico regra que impossibilite o casamento com identidade de sexos. Sob este prisma, também não se pode alegar que o casamento homoafetivo é passível de anulação visto que para isso deveria estar expresso em lei.

Outrossim, se os Tribunais vem utilizando da interpretação extensiva ou analógica, para a possibilidade da união estável, que faz menção ao mesmo vocábulo “homem e mulher”, não há motivos para agir diferente quanto ao casamento civil, visto que os direitos e deveres e a finalidade, permanecerão incólumes, bem como a norma não exclui a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo exemplificativa e não taxativa, devendo ser permitida a habilitação para o casamento homoafetivo.

Salutar observar, que a finalidade primordial do casamento hoje é a comunhão plena de vida, pautada pelo afeto, sendo as demais finalidades secundárias, é o amor que constitui as famílias e que tem valor no preceito.

Portanto, conclui-se que a ausência de lei não pode ser obstáculo para a aplicação do direito do casamento aos homoafetivos, mesmo que o legislador por preconceito ou medo de perder votos não atue, cabe ao Judiciário o dever de estar comprometido com os valores que pautam o ordenamento jurídico, regulamentando o casamento civil homoafetivo.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, devendo o direito abranger todos, inclusive as minorias, visto que a democracia hodiernamente é entendida como um regime jurídico dos direitos fundamentais e não um governo das maiorias. Ademais, os direitos de personalidade são inerentes a condição de ser humano, e com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, e da afetividade, constatou-se a existência do direito de autodeterminação sexual, que propicia a garantia do direito à diferença, possibilitando o indivíduo homoafetivo construir sua vida conforme sua orientação sexual.

Entende-se assim, que todo ser humano tem direito de constituir família e ser feliz, a família não é mais considerada um fim em si mesma, e sim um instrumento para concretização do livre desenvolvimento dos indivíduos, devendo ser extinta qualquer designação discriminatória presente na lei. Desse modo, se somente o casamento civil

proporciona determinados efeitos e garantias, não se pode negar esse direito aos homoafetivos, sob pena de consagração da injustiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. **Corpo**. Rio de Janeiro: Record, 1984.

BALESTERO, Gabriela Soares. O Casamento como um instituto de direito civil: a homoafetividade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 22. nº 22. Bimestral, jun./jul. 2011.

BRASIL. Código civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc.htm>. Acesso em: 29 de out. de 2011.

BRASIL. Código de processo civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc.htm>. Acesso em: 29 de out. de 2011.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf.htm> Acesso em: 29 out. 2011.

BRASIL. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos_leis/1942-004657-licc/declei4657-licc.htm>. Acesso em: 20 de out. de 2011.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 29 de out. de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.183.378 – RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 25 de out. de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 10 de out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 05 de set. de 2011.

CHAVES, Marianna. Portugal e o casamento homoafetivo: o que dizer sobre a vedação à adoção por casais homossexuais? **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 22. nº 22. Bimestral, jun./jul. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família/sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Homoafetividade: um novo substantivo. Brasil. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?77,14>> Acesso em: 20 de ago. 2011.

_____. Vínculos hetero e homoafetivos. In: **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família – IDEF. I. Título. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

FÁVERO, Altair Alberto. et al. **Apresentação de trabalhos científicos: normas e orientações práticas**. 4. ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2012, v. 6.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v 6.

IBIAS, Delma Silveira. Aspectos jurídicos acerca da homossexualidade. In **Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas**. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. Registro: Supremo reconhece união homoafetiva. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 22, nº 22, jun./jul. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Olhar, ver, reparar: uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 14. nº 14, Bimestral, fev./mar. 2010.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ORDENAÇÕES FILIPINAS TRANSCRITAS NA ÍNTEGRA. Livro V, Título XIII – Dos que comettem peccado de sodomia e com alimárias. www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/. Acesso em: 20 de jun. de 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. Normas técnicas para confecção de trabalhos científicos. Faculdade de Direito, Universidade de Passo Fundo, 2008. Disponível em: <http://www.upf.br/direito/images/stories/NORMAS_TECNICAS_TRABALHOS_CIENTIFICOS.pdf> Acesso: 10 de set. de 2012.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Instituto Interdisciplinar de Direito de Família. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A família juridicamente protegida, a lei Maria da Penha e a proteção constitucional da família homoafetiva - equívocos dos julgamentos do TJRS que negaram o direito ao casamento civil homoafetivo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 16. nº 16, Bimestral, jun./jul. 2011.

VECCHIATTI, Paulo Roberto; MARTA, Taís Nader. Direito fundamental à família e a legitimação de suas espécies materiais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister Ltda. v. 22. nº 22, Bimestral, jun./jul. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. v 6.