

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Mirela Fernandes Celestino Prata

**A Juridicidade das Relações Homoafetivas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Doutor Francisco José Cahali

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

---

---

---

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço ao meu professor orientador Francisco José Cahali pela compreensão e auxílio na realização do presente trabalho.

A todas as pessoas que estiverem ao meu lado nesta jornada, em especial, meu marido Antenor e meus amigos Thaís e Henrique, que me auxiliaram no estudo para elaborar o presente trabalho.

A todos da minha família pelo apoio constante e incondicional, não só para que eu concluísse este trabalho, mas em todos os momentos difíceis da minha vida, em especial, a minha mãe Vania e a minha irmã Veridiana.

Por fim, agradeço ao meu pai, pelos ensinamentos durante os nossos trinta anos de convivência e seu amor incondicional.

*Dedico este trabalho ao meu pai, Pedro Celestino  
Filho, pelo constante incentivo em todas as  
escolhas da minha vida.*

## RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de analisar o desenvolvimento da família perante a sociedade, a história e as leis. A sociedade moderna faz surgir novas configurações familiares que demandam proteção do Estado.

Sendo assim, são estudadas as normas jurídicas que tratam das relações familiares, as quais estão em constante mutação, procurando atender às necessidades da sociedade, o que nem sempre acontece.

Neste contexto se inserem as relações homoafetivas, que a despeito de preconceitos e discriminações, se formam com o mesmo objetivo das configurações familiares tradicionais, ou seja, a busca pela felicidade e realização pessoal de seus membros.

Quanto ao tema, doutrina e jurisprudência se dividem, parte dos doutrinadores e juízes posicionam-se no sentido de que as uniões homoafetivas são entidades familiares e devem ser tratadas como tal. Já a outra parte, entende que as uniões homoafetivas não são entidades familiares, reconhecendo-as, no que tange ao direito patrimonial, como sociedades de fato.

Frente ao fato de que as uniões homoafetivas não encontram previsão expressa nem na Constituição Federal, nem nas leis infraconstitucionais, através da análise dos princípios norteadores do direito de família, em especial dos Princípios da Igualdade e Dignidade Humana, sob a ótica da interpretação específica dos princípios constitucionais, é que se entende estarem as relações homoafetivas albergadas no âmbito do direito de família, aplicando-se a estas, analogicamente, as normas atinentes às uniões estáveis.

**Palavras-chave:** família – princípios – homossexualidade – igualdade – dignidade – discriminação

## ABSTRACT

This study herein aims to analyze the development of the family before the society, history and the laws. The modern society has brought up new family structures which require protection from the State.

Therefore, the legal norms that deal with family relationships and which are constantly changing are analyzed in order to support the needs of the society. Nevertheless, this does not always happen.

In this context we find homo-affective relationships, which in spite of prejudice and discrimination are formed with the same objective of traditional family structures, that is, the pursuit of happiness and personal fulfillment of its members.

To what concerns this subject, the books of authority and jurisprudence are divided; part of the jurists and judges consider that homo-affective relationships are family entities and must be treated as such. On the other hand, another group understands that homo-affective relationships are not family entities and recognize them, to what concerns asset interest, as actual companies.

Homo-affective relationships are supported by neither the Federal Constitution nor the infra-constitutional laws. By analyzing the principles that rule Family Law, mainly the Principles of Equality and Human Dignity, under the specific interpretation of constitutional principles, we understand that homo-affective relationships are ruled by family law, and that the laws applicable to stable relationships are the ones applicable to such relationships, by similarity.

**Key words:** family – principles – homosexuality – equality – dignity – discrimination

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. CULTURA E FAMÍLIA</b> .....	11
2.1. Família de Fato .....	15
<b>3. FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS</b> .....	17
3.1. Constitucionalização do Direito Civil .....	19
3.2. A <i>publicização</i> do Direito de Família .....	20
<b>4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA</b> .....	22
<b>5. CONCEITO DE FAMÍLIA</b> .....	25
5.1 Repersonificação das relações familiares .....	28
5.2. As várias espécies de família .....	29
5.2.1. Famílias Plurais .....	29
5.2.1.1. Família Matrimonial .....	30
5.2.1.2. Família Informal .....	31
5.2.1.3. Família Monoparental .....	32
5.2.1.4. Família Anaparental .....	32
5.2.1.5. Família Pluriparental .....	33
5.2.1.6. Família Paralela .....	33
5.2.1.7. Família Homoafetiva .....	34
5.2.1.8. Família Eudemonista .....	35
<b>6. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA FAMÍLIA</b> .....	37
6.1. Os princípios em linha gerais .....	37
6.1.1. Normas, Princípios e Regras .....	40
6.1.2. Constituição – interpretação das normas: princípios e regras .....	42
6.1.3. Direitos e Garantias Fundamentais .....	43
6.2. Princípio da Dignidade Humana .....	45
6.3. Princípio da Monogamia .....	49
6.4. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente .....	51
6.5. Princípio da Igualdade e respeito às diferenças .....	52
6.5.1. O Princípio da Igualdade e a discriminação .....	55
6.6. Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares .....	56
6.7. Princípio da Afetividade .....	57

<b>7. HOMOAFETIVIDADE</b> .....	59
7.1. Homossexualidade na sociedade.....	59
7.2. Omissão legal.....	62
7.2.1. O Código Civil.....	64
7.2.2. A polêmica a respeito da interpretação do art. 226 da Constituição Federal.....	65
7.3. Os direitos conferidos aos conviventes.....	69
7.3.1 Administração Pública e Iniciativa Privada.....	69
7.3.2 Poder Judiciário.....	72
<b>8. PROJETOS DE LEI</b> .....	81
8.1. Marta Suplicy.....	81
8.2. Projeto de Lei 5252/2001.....	83
8.3. Proposta de Emenda Constitucional nº 70/2003.....	84
8.4. O “Estatuto das Famílias”.....	84
<b>9. DIREITO COMPARADO</b> .....	86
<b>10. CONCLUSÃO</b> .....	93
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	97

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar o desenvolvimento da família perante a sociedade, a história e as leis. O que se entende, na sociedade, por família é mutável, pois novas configurações familiares se formaram com o desenvolvimento das relações pessoais, principalmente, as de cunho sexual.

Nesta esteira, será analisada a evolução das relações humana, desde o princípio quando imperavam a liberdade total e o instinto animal da espécie, passando pelo momento em que o homem produz cultura, até o ponto em que é influenciado por esta. Se no início a família ocupou papel de destaque no âmbito religioso e patrimonial, hoje se destaca pelos laços de afeto entre seus membros.

Considerando que a família no Brasil sofreu influências dos Direitos romano, canônico e germânico, para se entender sua feição atual serão estas estudadas as relações familiares no âmbito daqueles.

Também as leis que disciplinam as famílias sofreram modificações e por isso serão abordadas. No começo da história da legislação brasileira, o direito constitucional se eximia de tratar da família, dispondo apenas sobre a família real. As leis infraconstitucionais, por sua vez, se restringiam a tratar, de forma sucinta, alguns aspectos do casamento. Atualmente, observa-se uma verdadeira constitucionalização do direito de família, bem como um longo tratamento do casamento e da união estável na lei infraconstitucional.

A família que antes era vista como coadjuvante, hoje ocupa o papel principal como base da sociedade, digna de total proteção do Estado. Afinal, é no seio desta que se desenvolvem psíquica e emocionalmente seus membros como seres humanos. A sociedade moderna faz surgir novas formas de organizações familiares, destacando-se as famílias plurais, informais, monoparentais, anaparentais, pluriparentais, paralelas, homoafetivas e eudemonistas.

Neste contexto serão analisadas as uniões homoafetivas, que a despeito de preconceitos e discriminações, formam-se com o mesmo objetivo das famílias tradicionais, qual seja, a busca pela felicidade.

Apesar da realidade social latente, será estudada a legislação atual sobre direito de família que não dispõe expressamente sobre as uniões homoafetivas, razão pela qual são abordados os princípios norteadores do direito de família e da família. A Constituição Federal, na intenção de colocar o ser humano no centro de suas atenções, prevê os Princípios da Dignidade Humana e da Igualdade e respeito às diferenças. E assim, sob a ótica da igualdade e da dignidade humana é que serão observadas as uniões homoafetivas.

Enfatizar-se-á a interpretação constitucional dos princípios, que exigem do intérprete um esforço além do exercício da subsunção, por vezes fazendo-se necessária a utilização das normas de integração.

Desta forma, busca-se aclarar a situação através da exposição: do pensamento doutrinário, que em parte considera as uniões homoafetivas entidade familiar e em parte sociedade de fato, negando-lhe *status* de família; da jurisprudência, que devagar vem apontado na direção de tratar das uniões homoafetivas no âmbito do direito de família, conferindo-lhes, através da analogia, os mesmos direitos atribuídos às uniões estáveis heterossexuais; e dos projetos de lei e emendas à Constituição, que visam dar algum tratamento legal ao tema, já que a legislação atual não o prevê expressamente.

Por fim, o estudo do direito comparado demonstrará como a legislação estrangeira vem lidando com o assunto. Em alguns países vigem leis que regulamentam as parcerias registradas, em outros são permitidos os casamentos, e, por vezes, até as adoções por casais homoafetivos. O que vem a servir de exemplo e norte para o legislador brasileiro.

## 2. CULTURA E FAMÍLIA

As relações sexuais entre os seres humanos sempre foram bastante complexas, bem como o é o estudo da origem das famílias, o que explica a grande quantidade de teorias desenvolvidas com o intuito de explicá-la.

Para o pensador alemão Friedrich Engels, na infância do gênero humano, também chamada estado da natureza, momento inicial da humanidade anterior à vida em sociedade, imperavam a igualdade e a liberdade total, tendo cada indivíduo direito a tudo. Não havendo cultura, prevalecia o instinto animal da espécie<sup>1</sup>.

Em contraposição ao estado de natureza, surge o estado de cultura ou de sociedade, no qual o homem “animal”, pensando, começa um processo de auto-organização. O homem passou a enxergar o universo ao seu redor, não apenas através dos seus instintos, mas também através de experiências passadas. A humanidade passou a produzir cultura<sup>2</sup>, inventar um novo comportamento e, assim, se tornar produto de suas próprias culturas.

“A cultura é um fenômeno social, que não se encontra em outros níveis diferentes do humano, nem mesmo nas espécies animais que revelam os mais altos padrões de instinto gregário ou de vida coletiva, como os castores, as formigas ou as abelhas. Por mais admiráveis que sejam as realizações coletivas destas espécies, falta-lhes o caráter cumulativo e progressivo essencial ao desenvolvimento cultural.”<sup>3</sup>

A cultura acaba por ter papel fundamental na preservação dos grupos ao organizá-los. E interfere na natureza impondo regras às uniões sexuais.

Segundo Engels, em sua obra sobre a origem da família, no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais, mas coletivas. Para ele, a forma mais primitiva de família é o matrimônio por grupos. Neste, grupos inteiros de

---

<sup>1</sup>SILVA, Américo Luis Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Ed. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996. p. 6.

<sup>2</sup>“O homem, vivendo em grupos, cria, produz, individual e coletivamente, aquilo de que necessita para a satisfação de suas tendências. Essas criações são inúmeras na sua variedade; sistemas de símbolos orais e escritos, instrumentos, habitações, cidades, meios de transportes, leis, obras de arte etc. O conjunto dessas criações chama-se cultura.” Id. *Ibid.*, p. 7.

<sup>3</sup>SILVA, Américo Luis Martins da. *op. cit.*, p. 9.

homens e de mulheres se pertenciam mutuamente. Numa fase posterior, veio a poliandria, na qual a mãe era sempre conhecida, mas o pai não<sup>4</sup>. Entretanto, há que se ressaltar que alguns autores sustentam a existência prévia de matriarcado. E antes disso ainda, um estado de promiscuidade, no qual haveria uniões sexuais, sem laços civis, haja vista as condições peculiares dos casamentos por grupos. Todas idéias controvertidas e não imunes a críticas.

Fatores importantes na evolução das uniões sexuais e organização da família foram: a exclusão de pais e filhos das relações sexuais recíprocas e, posteriormente, a exclusão dos irmãos das relações sexuais recíprocas. Isso porque, no curso da história, o homem procurou relações individuais de inspiração monogâmica<sup>5</sup>. Nas palavras de Américo Luis Martins da Silva<sup>6</sup>:

“A nosso ver, as evidências nos mostram que o homem evoluiu de um estado de promiscuidade para um estágio de semipromiscuidade revelada pelos matrimônios por grupo e desse estágio para o casamento individual, passando, e isto é coerente, por vários graus intermediários.”

A monogamia desenvolveu papel importante em benefício da prole, pois passou a existir o poder paterno e as famílias se tornaram fator de produção, uma vez que se formavam pequenas oficinas no interior dos lares. Esse quadro veio a se modificar com a Revolução Industrial, quando a família perde seu papel de fator de produção e o transfere para o âmbito exclusivamente espiritual,<sup>7</sup> transformando-se em instituição essencial para o desenvolvimento dos valores morais, afetivos e de assistência recíproca entre os seus membros.

Jacques Lacan, em seu texto “A Família”, de 1938, pontua que a família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por homem, mulher e filhos. Ela é antes uma estrutura psíquica, onde cada um de seus membros ocupa uma função, um lugar. A família preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup>Posição sujeita a críticas, uma vez que há dúvidas se essa estrutura era homogênea em todos os povos.

<sup>5</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6, p. 3.

<sup>6</sup>SILVA, Américo Luis Martins da. op. cit., p. 7.

<sup>7</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 4.

<sup>8</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 13.

Para Rodrigo da Cunha Pereira<sup>9</sup>: “De todos os grupos humanos é a família que desempenha o papel primordial na transmissão da cultura”.

E é essa estrutura familiar que existe antes e acima do Direito e sobre a qual este procura legislar, com o intuito de protegê-la.

A família brasileira, como hoje a conceituam os doutrinadores, sofreu grande influência do direito romano, canônico e germânico.

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, filhos e escravos era absoluto e vitalício. A família como grupo era essencial para a perpetuação do culto familiar. Embora pudesse existir afeto, não era o elo de ligação entre os membros da família, o que os unia era a religião doméstica, o culto aos antepassados.

O *pater familias* era aquele que exercia a função de chefe da casa, não tinha ascendente masculino vivo ou, em o tendo, era emancipado, independente, não estando sujeito, na família, ao poder de ninguém. A *mater familias* era a mulher casada *cum manu*, ou seja, aquela que com o casamento passava da dependência do *pater familias* da sua família para dependência de seu marido e de seu *pater familias*, e que tinha a posição de filha<sup>10</sup>. Os descendentes do *pater familias* eram os filhos, netos, bisnetos e as mulheres casadas *cum manu*. O casamento romano estava, na antiguidade, ligado ao sistema patrimonial da família. Na verdade, compreendia-se por família tudo aquilo que estava sob a autoridade do *pater familias*, inclusive os escravos. Quanto aos bens, cabia ao *pater familias* a propriedade de todos os bens da família, incluindo aqueles que outros membros livres pudessem ganhar e até mesmo os dotes das mulheres.

Explica Arnaldo Wald<sup>11</sup>: “A evolução da família romana foi no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos e substituindo-se o parentesco agnático pelo cognático” (a agnação vinculava as pessoas que estavam sob a tutela do mesmo *pater*, já a cognação era o parentesco de sangue).

---

<sup>9</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op. cit., p. 14.

<sup>10</sup>Posteriormente, essa posição se estendeu à mulher casada *sine manu*, ou seja, aquela que com o casamento não entrava para a família de seu marido, continuava sob o poder de seu *pater familias*.

<sup>11</sup>WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 10.

Outra característica marcante no casamento romano era que a  *affectio maritalis* (elemento subjetivo do casamento) deveria existir não apenas no momento da celebração, mas durante todo o casamento. O consentimento das partes devia ser continuado e não apenas inicial. Desta forma, a ausência de convivência e a falta de afeição eram causas suficientes para a dissolução do casamento. Pensavam os romanos que a mesma vontade que fizera o casamento, poderia desfazê-lo<sup>12</sup>.

O Direito canônico, com suas fontes romanas, teve grande participação na estruturação jurídica do grupo familiar. A Igreja, desde o século IV, tentou impor o casamento eclesiástico aos cristãos, reconhecendo sua importância política e econômica, e instituiu, definitivamente, a cerimônia religiosa no século IX. Contudo, apenas a partir do Concílio de Florença (1439), a Igreja transformou o casamento em sacramento. E mais tarde, com o Concílio de Trento (1545 e 1563), passou a monopolizar os direitos sobre o casamento, tendo a Igreja e as autoridades eclesiásticas competência exclusiva no que se relacionava ao casamento.

“O grande problema que surge, no fim da Idade Média e especialmente após a Reforma, é o conflito entre os tribunais civis e religiosos, inicialmente quanto a certos aspectos patrimoniais do direito de família e, em seguida, em relação aos seus efeitos pessoais.

Para os protestantes, a competência em matéria de direito de família devia pertencer ao Estado, não se justificando a atribuição de caráter sagrado ao casamento. Tratando-se de um simples ato da vida civil, de um contrato natural, nada impedia que a vontade dos cônjuges dissolvesse o vínculo matrimonial, no entender da religião reformada.

Como reação dos meios católicos, o Concílio de Trento (1542-1563) reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento, reconhecendo a competência exclusiva da Igreja e das autoridades eclesiásticas em tudo que se relaciona com o casamento, a sua celebração e a declaração de sua nulidade. (...)

As conclusões do Concílio de Trento têm máxima importância na evolução do direito de família dos países católicos, especialmente nos que o receberam como Portugal, mandando que as decisões do Concílio se aplicassem em seu território”<sup>13</sup>

Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, um vínculo indissolúvel, razão pela qual não poderiam os homens dissolver uma união realizada por Deus. Dessa forma, foi criado um sistema de impedimentos, ou seja, de motivos que

---

<sup>12</sup>WALD, Arnaldo. op. cit., p. 12.

<sup>13</sup>Id. Ibid., p. 10.

impediam a realização do casamento e justificavam sua nulidade e anulabilidade. Além disso, coube ao direito canônico destacar a importância das relações sexuais no casamento, que caso não ocorressem, poderiam dar ensejo a sua dissolução.

Já no Direito germânico, a família era do tipo paternal, ou seja, o pátrio poder era exercido pelo pai e à esposa era reservada posição moralmente elevada. O casamento era celebrado perante um juiz, que representava a comunidade. Há que se ressaltar a participação do Estado no ato da celebração, o que aponta para a origem do casamento civil atual.

## 2.2. Família de fato

A origem do reconhecimento das famílias não fundadas no matrimônio, também denominadas famílias de fato, remonta ao Direito Romano. O instituto do *concubinatus*<sup>14</sup> representava a convivência estável entre um homem e uma mulher, livres e solteiros, como se casados fossem, mas sem a  *affectio maritalis* e a  *honor matrimonii*.

Em Roma, até o período do direito clássico, o concubinato não existia como instituto jurídico e, portanto, não produzia efeitos no âmbito jurídico. Foi em virtude da legislação matrimonial do Imperador Augusto que o concubinato passou a produzir efeitos jurídicos.

No período pós-clássico, os Imperadores Cristãos transformaram o concubinato em instituto jurídico, reconhecendo seus efeitos, ainda que com o intuito de combater as famílias de fato, uma vez que, a situação da concubina e seus filhos era considerada inferior à situação das famílias formadas pelo matrimônio. Estimulava-se a conversão do concubinato em casamento.

Quanto às diferenças entre o concubinato e o casamento romanos perante a sociedade, alerta José Carlos Moreira Alves, no sentido que,

“até o direito pós-clássico, não se exigiam, para a formação do casamento, quaisquer formalidade, como saber-se se homem e

---

<sup>14</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 151.

mulher que viviam, de modo estável, em comum eram marido e mulher, ou, apenas, concubinos? A diferença entre os cônjuges e concubinos - como acentua Gide – era tão manifesta na sociedade romana quanto na moderna: ela se fazia pela posse do estado – em outras palavras, presumiam-se cônjuges o homem e a mulher que vivessem na posse do estado de casado, como aliás, ocorre ainda hoje, pois o estado de cônjuge, na sociedade atual, se exterioriza, principalmente, pela posse do estado de casado, e não pela celebração de atos solenes diante de um juiz competente ou da apresentação, a cada passo, de certidão de casamento”<sup>15</sup>.

O imperador Justiniano, por sua vez, admitiu a existência do concubinato aplicando a este os mesmos requisitos exigidos às justas núpcias<sup>16</sup>, inclusive no que se refere as disposições sobre impedimentos matrimoniais. Além disso, ampliaram-se as causas de legitimação dos filhos havidos no concubinato.

Alguns autores afirmam que o concubinato era, nessa época, considerado um casamento inferior<sup>17</sup>, porém lícito.

Apesar de sua posição diferenciada em relação ao casamento, o concubinato veio a ser considerado imoral apenas com o Cristianismo. A Igreja Católica sempre procurou combater o concubinato. Inicialmente, de maneira pouco arrojada, haja vista que o concubinato era considerado “um casamento nos moldes simplificados do Direito Natural, omitindo-se as solenidades do Direito Positivo”<sup>18</sup>. Foi, a partir do século XII, sob a autoridade das doutrinas de Santo Agostinho e Santo Ambrósio, que a perseguição ao concubinato se endureceu. Com o Concílio de Trento, quando se determinou obrigatoriedade a celebração formal do matrimônio, condenou-se o concubinato.

Atualmente, para a Santa Sé, o concubinato significa:

“O comércio carnal entre um homem e uma mulher com o propósito, pelo menos implícito, de permanecerem no mútuo uso do corpo; portanto, pelo concubinato instaura-se algo semelhante à vida conjugal, mesmo que falte o ânimo marital”<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2, p. 320.

<sup>16</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 154.

<sup>17</sup> Autores como Álvaro Villaça Azevedo, citando Paul Jrs e Wolfgang Kunkel, (AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 154) e Glauber Moreno Talavera, citando Ebert Chamoun. (TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 7).

<sup>18</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 155.

<sup>19</sup> HORTAL, Jesus S. *Código de Direito Canônico*. Tradução Oficial da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas e Comentários. São Paulo: Loyola, 1983. p. 483.

### 3. FAMÍLIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição de 1824, primeira do Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, não fez nenhuma referência à família ou ao casamento. Tratou apenas da família real.

A Constituição de 1891, primeira da República, também não trouxe capítulo especial que tratasse do tema família. Contudo seu art. 72, § 4º dizia: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

A Constituição de 1934, segunda da República, dedicou um capítulo à família no qual estabelecia as regras do casamento indissolúvel. Foi a partir dessa Constituição que, seguindo tendência internacional, as Constituições brasileiras passaram a dedicar capítulo à família e tratá-la com maior consideração.

As Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 seguiram a mesma tendência e traziam em seus textos a previsão de que o casamento indissolúvel era a única forma de constituir família.

Já a Constituição de 1988 ampliou as formas de constituir família (art. 226). Nesse novo contexto a supremacia da dignidade humana está lastreada pelos princípios da igualdade e da liberdade, grandes artífices do novo Estado Democrático de Direito. Desta forma, diante da Lei Magna se formou o seguinte panorama, bem explicitado por Maria Alice Lotufo:

1. “A família que se origina pelo casamento continua prestigiada pelo Estado como formadora de sua base social.
2. Reconhecimento e conseqüente proteção de outras formas de família como a monoparental, formada pelo pai ou pela mãe e seus respectivos descendentes e a união estável constituída entre o homem e a mulher.
3. Aceitação do planejamento familiar, onde homem e mulher decidem livremente os filhos que terão e como deverão criá-los, objetivando a paternidade e a maternidade responsáveis, cabendo ao Estado propiciar os recursos necessários para a obtenção desse fim.
4. Admissão do divórcio como meio de dissolver o vínculo do casamento.

5. Isonomia entre homem e mulher, abolindo as situações discriminatórias e atribuindo-lhes os mesmos direitos e deveres em todos os atos da vida civil, inclusive em relação ao direito matrimonial.
6. Igualdade de direito entre os filhos, não havendo mais distinção entre os havidos no casamento ou fora dele e os adotivos. A paternidade e a maternidade devem estar ligadas à afetividade, não se permitindo a hierarquia entre filhos.
7. Ampla proteção à criança e ao adolescente, reconhecendo-lhes a prioridade de direitos, com o objetivo de um desenvolvimento seguro, saudável e digno<sup>20</sup>.

Alguns autores vão além, ao considerar o alargamento do conceito de família.

“A Constituição Federal efetivou o reconhecimento legal da família plural, ou seja, merecem proteção do Estado, além da família tradicionalmente fundada no casamento, os núcleos familiares formados pelos companheiros, estes e filho(s), e as famílias monoparentais como tais consideradas as formadas por um dos pais e filho(s). Mas para a doutrina e a jurisprudência há a possibilidade hermenêutica de se expandir ainda mais esse conceito de família, estendendo-a para ‘grupos de parentes próximos – irmãos, tios e sobrinhos – e, aderentes, entendidos estes como parentes, segundo uma tipicidade social oriunda de costumes locais, tais como afilhados, compadres, filhos de criação’. E ainda considerada a perspectiva sociológica dos fatos e a comunidade comum de vidas àquelas organizações de cunho socioafetivo fundadas na solidariedade pessoal e material como são exemplos as famílias somente de irmãos, avós e netos e dos pares homossexuais<sup>21</sup>”.

No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lobo<sup>22</sup>, comentando as mudanças operadas pela Carta de 1988, salienta que: a proteção do Estado se estende a qualquer entidade familiar, sem restrições; a família, como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; os interesses das pessoas que compõe o grupo familiar são prioridade sobre os interesses patrimoniais; a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero abrangente das espécies biológica e não-biológica; consuma-se a igualdade entre homem e mulher e entre os filhos; reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir a entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar; a família transforma-se no espaço para a realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.

<sup>20</sup>LOTUFO, Maria Alice. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 5, p. 21.

<sup>21</sup>GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005. p. 40.

<sup>22</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

A Constituição de 1988 seguiu a tendência internacional de expansão dos direitos universais do homem e incorporou a idéia de família como base da sociedade, merecedora de proteção estatal. A Carta das Nações Unidas, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, prevê: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado” (art. 16.3). E a Constituição Federal prevê o seguinte: “A família, base da sociedade, tem proteção do Estado” (art. 226, CF).

A Constituição Federal acabou enlaçando temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes a efetividade. E assim, grande parte do direito civil conta com proteção constitucional. A esse fenômeno dá-se o nome de constitucionalização do direito civil, mais especificamente da família.

Rodrigo da Cunha Pereira, em estudo sobre o tema, tece interessante comentário a respeito do texto constitucional:

“Apesar de uma certa timidez no texto quando se diz entidade familiar ao invés de família, podemos marcar aí uma evolução. É compreensível que a elaboração de um texto legislativo seja eivado de forças legislativas diversas. Mas talvez seja mesmo na diversidade que esteja a democracia. Apesar de alguns resistirem ainda em não entender o atual texto constitucional, ele é a tradução da família atual, que não é mais singular, mas cada vez mais plural”<sup>23</sup>

### **3.1. Constitucionalização do Direito Civil**

O Código Civil de 1916, tradicionalmente, ocupou lugar central na normatização das relações privadas. Com a Constituição de 1988, esse panorama modificou-se e os princípios constitucionais passaram a incidir sobre o direito civil e as relações por ele regulamentadas. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permitiu o revigoração das instituições de direito civil e exigiu a visualização deste à luz da Constituição vigente.

A Constituição passa a ocupar o centro do sistema jurídico atuando como filtro axiológico para o direito civil, “tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito

---

<sup>23</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op. cit., p. 11.

civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios”<sup>24</sup>. Ensina Luís Roberto Barroso que na seara do direito de família deflagra-se uma revolução na qual a afetividade sobrepõe-se às questões formais e patrimoniais. “Passa-se a reconhecer uma pluralidade de formas de constituição da família: (i) casamento; (ii) união estável; (iii) família monoparentais; (iv) união homoafetiva”<sup>25</sup>.

### 3.2. A *publicização* do Direito de Família

“A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada *publicização* do direito privado.”<sup>26</sup>

Existe uma tendência, de certa parte dos doutrinadores, no sentido de se retirar o Direito de Família da seara do Direito Privado para classificá-lo como Direito Público. “A razão desta tendência é assinalada pela observação de que nas relações jurídico-familiares há predominância acentuada de princípios de ordem pública”<sup>27</sup>.

Quanto à última assertiva não restam dúvidas. Já quanto à publicização, muito se discute. Há quem considere o Direito de Família deslocado para o Direito Público. Outros, o consideram um direito *sui generis*. Caio Mário da Silva Pereira, no entanto, apesar das peculiaridades que cercam o Direito de Família, sustenta que seu lugar é no Direito Privado e sua classificação é Direito Civil<sup>28</sup>.

Nesse mesmo sentido se posiciona Paulo Lôbo, para quem “há equívoco em se falar de publicização do direito privado em virtude da intensidade da intervenção estatal nas relações privadas”. Desta forma, o direito é: “público se a relação jurídica for juridicamente desigual sob império do Estado, seja este parte ou não”<sup>29</sup> e “privado se a relação jurídica, pouco importando o grau de intervenção estatal ou de limitação da

---

<sup>24</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 369.

<sup>25</sup>Id. Ibid.

<sup>26</sup>Id. Ibid., p. 59.

<sup>27</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5, p. 34.

<sup>28</sup>Id. Ibid., p. 35.

<sup>29</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.

autonomia das partes, for encetada entre pessoas privadas ou destas com o Estado, quando este não estiver investido de seu império”<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: família*. 3. ed., cit.

#### 4. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

No período anterior à nossa independência, mais precisamente à época do descobrimento do Brasil, em Portugal, o casamento era regulado pelo Direito Canônico, vigorando o casamento religioso. Com a independência política do Brasil, passaram a vigorar aqui as Ordenações Filipinas pela Lei Imperial de 20 de outubro de 1823.

A legislação filipina previa duas formas de casamento: o religioso, nos moldes da Igreja Católica e o casamento com marido conhecido<sup>31</sup>, o qual se provava pela *affectio maritalis*, melhor dizendo, pela fama pública de marido e mulher e pelo decurso do tempo. Além disso, estava prevista a indissolubilidade do casamento, alguns casos especiais de anulação, o regime da comunhão universal de bens (no silêncio de disposição específica), a necessidade de outorga uxória para venda de imóveis, etc.

A Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas fazia menção ao Concílio de Trento, punia os casamentos clandestinos, determinava as formas de prova do casamento, previa como regra o regime da comunhão universal e deixava as questões de divórcio, separação e validade do casamento sob a competência exclusiva da Igreja Católica<sup>32</sup>.

Em 1861, com a Lei 1144 reconheceu-se o casamento dos acatólicos, atribuindo-se efeitos civis aos casamentos religiosos realizados por eles, desde que registrados. O Decreto n. 3069, de 1863, regulou o registro de nascimento, casamento e óbito dos acatólicos.

Somente em 1890, com o Decreto 181 de 24 de janeiro de 1890, foi regulamentado o casamento civil, na esteira do que previa a Constituição Republicana, que desvinculou a Igreja do Estado<sup>33</sup>.

O Código Civil de 1916 tratou da família tradicional, ou seja, regulava a família constituída unicamente pelo casamento, cujo vínculo era considerado indissolúvel. A lei

---

<sup>31</sup>Há discussão sobre a vigência deste tipo de casamento, haja vista, estar em desconformidade com o Concílio de Trento.

<sup>32</sup>WALD, Arnaldo. op. cit., p. 20.

<sup>33</sup>Id. Ibid., p. 21.

civil em questão adotou do direito canônico os processos referentes à habilitação para o casamento, aos impedimentos dirimentes e impedientes, às nulidades e anulabilidades. E, como já mencionado, assim como no direito canônico, considerou o vínculo do casamento indissolúvel.

O legislador de 1916 mantinha a posição do homem como chefe da sociedade conjugal (art. 233, CC/16), limitava bastante os direitos da mulher casada, que inclusive era considerada relativamente incapaz quanto a certos atos e à maneira de exercê-los (a esposa dependia do marido para poder exercer uma profissão) e, praticamente, ignorava a família ilegítima<sup>34</sup>. As raras menções que fazia ao concubinato (CC, arts. 248, IV, 1177 e 1719, III, etc) eram apenas com o propósito de proteger a família legítima e nunca para reconhecer uma situação de fato.

Sílvio Venosa, comentando o tema, explica a repercussão do Código de 1916.

“Basta dizer, apenas como intróito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as idéias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado. Lembrando a magnífica e essencial obra de Gilberto Freyre, o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da *Casa-Grande*, esquecendo da *Senzala*. Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX”<sup>35</sup>

A evolução pela qual passou a família obrigou o legislador a sérias modificações. Dentre as mais importantes podemos citar o Estatuto da Mulher Casada (L. 4121/1962), que devolveu a plena capacidade civil à mulher e lhe assegurou a propriedade dos chamados bens reservados, adquiridos com o fruto de seu trabalho. E a instituição do divórcio (EC 9/1977 e Lei 6515/1977), que acabou com a indissolubilidade do casamento civil.

A Constituição foi berço de grandes inovações como já tratado.

---

<sup>34</sup>RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. XX.

<sup>35</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit., p. 7.

E o Código Civil de 2002 recebe críticas de ser um novo texto contendo disposições antigas. Este procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Incorporou as mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio da legislação esparsa, mas não ousou<sup>36</sup>, nem mesmo em direção a temas constitucionais consagrados, como as construções familiares reconhecidas pela Carta Magna, mas ignoradas pelo legislador civil.

O Código em vigor destina o Livro IV da Parte Especial para o Direito de Família. No Título I – “Do direito pessoal” - trata das regras relativas ao casamento, sua celebração, validade e causas de dissolução. “Desde o início preocupa-se com a proteção da pessoa dos filhos para em seguida, dispor sobre as relações de parentesco, já adaptando o texto à nova sistemática Constitucional de igualdade plena entre os filhos”<sup>37</sup>.

O Título II regula o direito patrimonial decorrente do casamento.

O Título III trata da união estável e seus efeitos. A previsão em separado chama a atenção, mas justifica-se, “pois na versão primitiva do projeto, elaborado há mais de duas décadas, não se cogitava da proteção dessa forma de estabelecimento da família”<sup>38</sup>.

E por fim, são previstos os institutos da tutela e curatela. A ausência passa a ser abordada na Parte Geral.

---

<sup>36</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

<sup>37</sup>RODRIGUES, Sílvio. op. cit., p. 14.

<sup>38</sup>Id. Ibid., p. 15.

## 5. CONCEITO DE FAMÍLIA

Vários são os sentidos atribuídos à palavra família e também várias foram as tentativas realizadas pelos juristas no sentido de tentar conceituá-la.

Observando-se a instituição sob vários ângulos, tradicionalmente, a doutrina define família da forma que se segue.

Segundo Maria Alice Lotufo<sup>39</sup> - Família, em sentido amplo, designa o grupo formado por todas aquelas pessoas ligadas pelo parentesco, seja consanguíneo, civil ou por afinidade. Família, em sentido restrito, significa o núcleo formado pelo pai e a mãe, ou por um só deles e a sua prole, derivada do casamento, da união estável, da formação monoparental ou da adoção.

Já segundo Sílvio Rodrigues<sup>40</sup> – poder-se-ia definir família, num conceito mais abrangente, como formada por todas aquelas pessoas ligadas por um vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos. Em sentido pouco mais limitado, a família abrangeria os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau. E em sentido bem restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

Maria Helena Diniz, considerando a plurivalência semântica no vocabulário jurídico, define o vocábulo família em suas três principais acepções:

“a) No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, § 2º, do Código Civil, em que as necessidades da família do usuário compreendem também as das pessoas de seu serviço doméstico. A Lei n. 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no art. 241, considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual.

---

<sup>39</sup>LOTUFO, Maria Alice. op. cit., p. 22.

<sup>40</sup>RODRIGUES, Sílvio. op. cit., p. 4.

b) Na acepção 'lata', além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro), como a concebem os arts. 1.591 e s. do Código Civil, o Decreto-lei n. 3.200/41 e a Lei n. 883/49.

c) Na significação restrita é a família (CF, art. 226, §§ 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716), e entidade familiar a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independente de existir o vínculo conjugal, que a originou.<sup>41</sup>

Contudo, uma nova concepção de família vem sendo construída. Uma sociedade moderna, melhor dizendo, um mundo moderno imprime feição atual à família. A organização patriarcal da família queda em desuso. O grupo familiar se reduz numericamente. A necessidade leva a mulher a trabalhar fora do domicílio doméstico. Aumentam problemas sociais relevantes como a infância e juventude abandonadas e delinquentes.

Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) com base no Censo Demográfico de 2000<sup>42</sup>, nos últimos 20 anos, a sociedade brasileira passou por profundas transformações demográficas e socioeconômicas que trouxeram grande repercussão nas diferentes esferas da vida familiar. As tendências que mais se destacaram quanto às formas de organização doméstica foram: a redução do tamanho das famílias e o crescimento da proporção das famílias, cujas pessoas responsáveis são mulheres. O Censo Demográfico de 2000 verificou que 24,9 % dos domicílios tinham mulheres como responsáveis.

Sendo assim, ante as mudanças sociais ocorridas, entendem alguns autores, como Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira e Paulo Luiz Netto Lôbo, dentre outros, que se faz necessária uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares.

---

<sup>41</sup>DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p. 10-11.

<sup>42</sup>IBGE. *Série Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica : perfil das mulheres responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000*, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfildamulher/perfilmulheres.pdf>>.

Segundo Maria Berenice Dias<sup>43</sup>, deve-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade.

Ainda segundo ela, é o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional, cujo núcleo é a vontade, para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estrutural o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. O direito obrigacional tem por substrato a vontade, e o direito das famílias, o afeto.

Seguindo a mesma linha de pensamento, complementa Tânia da Silva Pereira:

“Os vínculos de afetividade projetam-se no campo jurídico como a essência das relações familiares. O afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico”<sup>44</sup>.

Quanto às normas, o legislador não previu um conceito de família, limitando-se a identificá-la com o casamento. Paulo Lôbo<sup>45</sup> lembra que o direito brasileiro não utiliza apenas um modelo de família no que diz respeito aos seus integrantes e ao grau de parentesco. A qualidade de entidade familiar é atribuída a certos grupos sociais para determinados fins e cita como exemplos: a Lei 8009/90, que trata da impenhorabilidade do bem de família, ou seja, protege com a impenhorabilidade o imóvel onde reside uma entidade familiar, qualquer que seja esta; a Lei 8245/91 – Lei do Inquilinato urbano - que tratando da locação de imóveis urbanos, ao proteger a família inclui todos os residentes que vivam na dependência econômica do locatário; e a Lei 11.240/2006 – Lei Maria da Penha – que coíbe a violência doméstica e cujo art. 5º, inciso II prevê “no âmbito da

---

<sup>43</sup>DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 41.

<sup>44</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., v. 5, p. 33.

<sup>45</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: família*. 3. ed., cit., p. 42.

família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

No que tange à Lei Maria da Penha, há entendimento doutrinário<sup>46</sup> no sentido de que ao tratar da violência doméstica contra a mulher e definir a família de forma ampla, considerando a vontade de seus membros<sup>47</sup> e os laços de afeto<sup>48</sup>, independentemente da orientação sexual de seus membros<sup>49</sup>, esta alargou o conceito de família previsto na Constituição Federal, incluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Desta forma, sua aplicação não se restringe ao campo do direito penal, mas se alastra por todo ordenamento jurídico. Tal entendimento é polêmico e deve ser analisado com cautela.

### **5.1. Repersonalização das Relações Familiares – Despatrimonialização**

A repersonificação do direito civil implica numa mudança de direção, agora no sentido do ser humano e suas necessidades existenciais e não mais privilegiando as questões de cunho patrimonial. Nota-se a falência dos conteúdos eminentemente patrimoniais da norma civil<sup>50</sup>, que alastrada por valores e princípios constitucionais evolui no sentido de personalização do direito, buscando atribuir ao homem autonomia para determinar-se como sujeito da própria história.

A repersonificação importa no privilégio das pessoas em detrimento da entidade, a família passa a funcionar como um *locus* para o desenvolvimento dos interesses individuais e existenciais de seus membros, permitindo seu pleno desenvolvimento como ser humano.

Como decorrência do panorama de preocupação das leis civis com o homem enquanto tal, “revela-se sobremaneira importante a revisitação dos direitos da

---

<sup>46</sup>DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 141-142.

<sup>47</sup>Lei 11.340/2006, art. 5º: “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”.

<sup>48</sup>Lei 11.340/2006, art 5º: “III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”.

<sup>49</sup>Lei 11.340/2006, art 5º: “Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.”

<sup>50</sup>GIRARDI, Viviane, op. cit., p. 43.

personalidade, entendidos estes como as múltiplas emanções decorrentes da natureza humana de seu titular”<sup>51</sup>. Desta forma, a re personificação<sup>52</sup> do direito de família procura atender às necessidades do sujeito de direitos que a ele se apresenta. No caso das relações homossexuais, o respeito à diferença quanto ao exercício de sua sexualidade, que se refere aos direitos que emanam da personalidade desse sujeito de direitos.

## **5.2. As várias espécies de família**

Com o presente título procuramos trazer as várias denominações utilizadas na doutrina para identificar as diferentes formações de grupos familiares. Atentando-se para as diferenças quanto à composição desses grupos, mas não quanto à sua essência, e para o fato de que muitas das formações elencadas são alvo de grandes discussões doutrinárias.

### **5.2.1. Famílias Plurais**

Na atualidade, o modelo tradicional de família formado pelo pai, mãe e filhos já não corresponde integralmente à realidade social. Despontam novos modelos de família. A família se pluralizou e adquiriu função instrumental, deixando para traz a posição de família-instituição. Isso para tentar atender a necessidade de seus componentes de realizarem seus interesses afetivos e existenciais no convívio familiar. A essa nova concepção de família entitula-se famílias plurais.

Essas novas formas de convívio vêm sendo improvisadas, em torno de uma necessidade antiga que não se modificou, qual seja, a de criar filhos, de se agrupar em razão de laços de afeto à procura da realização pessoal e felicidade.

Maria Berenice Dias esclarece o reflexo das mudanças sociais frente ao conceito tradicional de família:

“O Constituinte de 1988 consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana (CF 1º III), impedindo assim a superposição de qualquer instituição à tutela de seus integrantes. (...) O alargamento conceitual das

---

<sup>51</sup>GIRARDI, Viviane, op. cit., p. 44.

<sup>52</sup>Id. Ibid.

relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. (...) O pluralismo das relações familiares – outro vértice da nova ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras formas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família”<sup>53</sup>

### 5.2.1.1. Família Matrimonial

Família matrimonial é a entidade familiar formada pelo casamento regulamentado pelo Estado.

Os laços afetivos sempre existiram. Sob a justificativa de manter a ordem social, a moral e os bons costumes, a Igreja e o Estado interferiram na vida das pessoas na tentativa de regulamentar as relações afetivas e assim, foi instituído o casamento e por meio dele o que se convencionou a chamar de família.

O Estado solenizou o casamento como uma instituição e o regulamentou exaustivamente. Só se reconhecia a família formada pelo casamento. O Código Civil de 1916 previa a família: matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. O homem era o chefe da família, merecedor de respeito e obediência. Era fundamental a capacidade procriativa da família. E seu principal objetivo era a geração e manutenção do patrimônio.

Nestes termos, num primeiro momento, o casamento era indissolúvel, era obrigatória a identificação da família pelo nome do varão, a mulher ao casar se tornava relativamente incapaz, e o modelo oficial de regime de bens era o da comunhão universal.

Dessa forma, o casamento não podia ser dissolvido, só anulado. Havia também a possibilidade do desquite, que, no entanto, não rompia o vínculo matrimonial. Apesar do legislador não reconhecer uniões fora do casamento, elas foram surgindo. Foi apenas com

---

<sup>53</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 39.

a Lei do divórcio, que se consagrou a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial, mudou-se o regime legal de bens para o da comunhão parcial e o uso pela mulher do nome do marido tornou-se uma faculdade. Porém, até a Carta de 1988, a única forma de se constituir família era através do casamento. Foi o constituinte de 1988 que acabou por proteger outras entidades familiares.

O legislador do Código Civil de 2002 continuou a prestigiar a família formada a partir do casamento, dando tratamento pormenorizado ao instituto.

### **5.2.1.2. Família Informal**

Como já dito, apenas a família legítima existia juridicamente. Os filhos havidos fora do casamento eram alvo de enorme preconceito e nenhum direito possuíam. Assim, também a companheira.

Para tentar amenizar as injustiças, a jurisprudência apesar de não reconhecer tais relacionamentos como família, por vezes reconhecia relação de trabalho, concedendo à mulher indenização por serviços domésticos prestados, ou na existência de patrimônio, reconhecia sociedade de fato. Entretanto, não se cogitava conceder nem alimentos, nem direitos sucessórios.

A Constituição Federal de 1988 acabou por abarcar no conceito de família a união estável. E assim, o Código Civil de 2002 procurou regulamentar a união estável (conferindo direito a alimentos, regime de bens, direitos sucessórios) de maneira tão veemente, que recebeu forte crítica doutrinária. Na opinião de Maria Berenice Dias<sup>54</sup> a união estável transformou-se em um casamento por usucapião. A exaustiva regulamentação da união estável a faz objeto de um dirigismo não querido pelos conviventes.

---

<sup>54</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 45.

### 5.2.1.3. Família Monoparental

A Carta Constitucional, ao alargar o conceito de família, elencou como entidade familiar a entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A família monoparental não possui estatuto jurídico próprio, o Código Civil não a regula especificamente. Desta forma, a elas aplicam-se as normas de direito de família atinentes às relações de parentesco, como as que regem a filiação e o exercício do poder familiar, e também “incidem-lhe sem distinção ou discriminação as mesmas normas de direito de família nas relações recíprocas entre pais e filhos, aplicáveis ao casamento e à união estável, considerando o fato de integrá-la apenas um dos pais”<sup>55</sup>.

### 5.2.1.4. Família Anaparental

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter alargado o conceito de família, não inclui em seu rol expresso<sup>56</sup> todas as conformações familiares que se formam na realidade social.

Desta forma, não foi tratada a família formada sem diferença de gerações, ou seja, onde não há verticalidade dos vínculos parentais em dois planos.

Segundo Sérgio Rezende de Barros, citado na obra de Maria Berenice Dias: “A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe reconhecimento da existência de entidade familiar batizada como nome de anaparental.”<sup>57</sup>

Exemplo citado na doutrina é de duas irmãs que convivem durante anos e formam acervo patrimonial. Havendo falecimento de uma delas, não é justo dividir o patrimônio igualmente entre os irmãos, também não o é reconhecer sociedade de fato<sup>58</sup>. O mais correto

---

<sup>55</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: família*. 3. ed., cit., p. 83.

<sup>56</sup>Como já tratado neste trabalho, muitos autores atuais defendem ser o rol constitucional exemplificativo e não taxativo. Em contrapartida, tradicionalmente, defende-se o contrário.

<sup>57</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 46.

<sup>58</sup>Súmula 380 do STF.

seria que a integralidade do patrimônio ficasse para a irmã sobrevivente e se aplicasse, por analogia, as regras da união estável e do casamento.

#### **5.2.1.5. Família Pluriparental**

A família pluriparental se caracteriza pela peculiar organização de seu núcleo, o qual é reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, também têm filhos em comum. São as famílias reconstruídas após o desfazimento de relações afetivas pretéritas, divórcios, separações, etc. Muitos são os nomes atribuídos pela doutrina: famílias “mosaico”, reconstruídas, reconstituídas, binucleares, etc.

Até bem pouco tempo não se reconhecia direito a alimentos entre o padrasto e o filho do companheiro ou cônjuge. O que vinha se admitindo é o direito de visitas. Mas este posicionamento já não é mais unânime. E igualmente existem decisões no sentido de permitir ao enteado agregar o nome do padrasto, sem que isso signifique extinção do poder familiar do pai.

Há a possibilidade de adoção pelo padrasto do enteado, com anuência do pai registral, é a chamada adoção unilateral (art. 1626, parágrafo único do CC).

#### **5.2.1.6. Família Paralela**

Famílias paralelas são aquelas que se formam quando há concomitância de relacionamentos, quer de um casamento e uma “união estável”, quer de duas ou várias “uniões estáveis”. Estas diferenciam-se das uniões estáveis pela existência de impedimentos para o casamento.

O Código Civil, art. 1727, define como concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de se casarem. A intenção do legislador foi separar os conceitos de união estável e concubinato ou família paralela, não incidindo para o concubinato as regras referentes à união estável.

Na esteira do que prevê o Código Civil se posicionou a doutrina dominante<sup>59</sup> no sentido de que o concubinato não é entidade familiar, pois o art. 1727 é norma de exclusão.

O STJ reconheceu a relação concubinária como sociedade de fato<sup>60</sup>, tendo o concubino prejudicado direito à partilha dos bens, cuja aquisição ocorreu com esforço comum e direito à indenização por serviços prestados<sup>61</sup>, quando não comprovado o esforço. Entretanto, também já reconheceu o direito a divisão do seguro de vida<sup>62</sup> e a repartição de pensão<sup>63</sup>.

O STF decidiu por maioria no RE 397.762-BA que o concubinato não se equipara à união estável.

O entendimento de que as relações paralelas configuram-se situação análoga à união estável, merecedora de proteção estatal, em nome do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana<sup>64</sup>, está sujeito a inúmeras críticas. Dentre elas, a de que os impedimentos matrimoniais se aplicam à união estável e a existência de casamento anterior é causa de impedimento do casamento (art.1521, VI do CC/2002) e do reconhecimento da união estável (art.1723, §1º), bem como motivo para nulidade do primeiro (art. 1548, II).

#### **5.2.1.7. Família Homoafetiva**

Família homoafetiva é a união entre pessoas do mesmo sexo com o objetivo de manter uma vida em comum, à semelhança do que ocorre com o casamento e com a união estável. Tema controvertido que faz surgir grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Para alguns, estas devem ser tratadas como sociedades de fato, para outros, como família.

Maria Berenice Dias defende a posição de que a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (1º, III da CF). Segundo Paulo Luiz Netto Lobo, seguido

---

<sup>59</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: família*. 3. ed., cit., p. 182.

<sup>60</sup>REsp 229.069/SP, 2005.

<sup>61</sup>REsp 303.604/SP de 23.06.2003.

<sup>62</sup>REsp 100.888/BA de 12.03.2000.

<sup>63</sup>REsp 742685/RJ de 04.08.2005

<sup>64</sup>TJRS, AC 115.277-6.

por Rodrigo da Cunha Pereira e Gustavo Tepedino, a Constituição Federal protege as mais diversas formas de família e não apenas as famílias formadas pelo casamento, pela união estável e as monoparentais.

A jurisprudência vem atribuindo efeitos a estas relações. Predominava o entendimento de considerá-las como sociedades de fato. Mas já existem decisões que as reconhecem como família, aplicando por analogia as regras atinentes à união estável.

Como já mencionado, entendem alguns autores que a Lei Maria da Penha, ao definir família albergou no seu conceito as uniões homoafetivas.

#### **5.2.1.8. Família Eudemonista**

Família eudemonista é aquela que se identifica pelo envolvimento afetivo de seus membros, em busca da felicidade. É a afetividade e não a vontade o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais. O afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento.

Para Giselle Câmara Groeninga, a família eudemonista é aquela em que,

“o foco central são os relacionamentos em que cada um tem o direito à sua realização e bem-estar, na complementariedade das funções que compõem esta estrutura pavimentada pelo afeto, sobre tudo o amor, e que encontra sua forma particular de composição e sua identidade peculiar, dependendo das características de seus membros”<sup>65</sup>

O endemonismo é a doutrina que enfatiza a busca do sujeito pela felicidade.

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

“A família passou a ser, predominantemente, *locus* de amor, comunhão do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família eles passaram a ser respeitados em sua esfera

---

<sup>65</sup>GROENINGA, Gisele Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 206.

mais íntima, na medida em que disto depende a própria sobrevivência da família, que é um meio para a realização pessoal de seus membros. (...) É na busca da felicidade que o indivíduo viu-se livre dos padrões estáticos para constituir sua família”<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op. cit., p. 167.

## 6. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA E DA FAMÍLIA

O Poder Legislativo na sua atribuição precípua, ou seja, a confecção das normas jurídicas, não consegue acompanhar a realidade e a evolução das relações familiares. Mesmo o Código Civil de 2002 não contempla todas as questões do Direito de Família. A vida e as relações sociais são muito mais dinâmicas do que a legislação. Rodrigo da Cunha Pereira<sup>67</sup> ensina que as novas realidades familiares exigem dos operadores do Direito uma constante reorganização do Direito de Família, obrigando-os a buscar em outras fontes do Direito, que não as leis, os elementos necessários àquilo que se aproxima do justo. Dentre estas, sobressaem-se os princípios como a melhor fonte para promover a justiça no campo do Direito de Família. “É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes”.<sup>68</sup>

Ante a importância dos princípios perante o direito de família e, portanto, a própria família, destacam-se: Princípio da dignidade humana; Princípio da monogamia; Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; Princípio da igualdade; Princípio do pluralismo das entidades familiares e Princípio da afetividade.

### 6.1. Os princípios em linha gerais

É isento de discussões, o papel orientador dos princípios na ordem jurídica, mas atualmente, sua importância não se restringe ao aspecto diretivo<sup>69</sup>.

“De fato, no estágio atual de sua compreensão, a sua elevada generalidade não lhes retira a capacidade de solver situações fáticas controvertidas, posto que são considerados não como

---

<sup>67</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 36.

<sup>68</sup>Id., loc. cit.

<sup>69</sup>LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 20.

simples pautas valorativas, senão como autênticas normas jurídicas”<sup>70</sup>

Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o papel dos princípios, destaca sua “função ordenadora”<sup>71</sup>, sua “ação imediata, na medida em que tenham condições para serem auto-executáveis”<sup>72</sup> e sua “ação tanto nos planos integrativo e construtivo como no essencialmente prospectivo”<sup>73</sup>.

A normatividade dos princípios jurídicos que hoje pode ser considerada um consenso entre os pensadores e aplicadores do Direito, nem sempre o foi. Paulo Bonavides<sup>74</sup> divide o desenvolvimento do conceito de princípios em três fases: jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista.

O jusnaturalismo, nascido no século XVI, procurando escapar do dogmatismo medieval e do ambiente teleológico em que se desenvolveu, aproxima a lei da razão e se torna a filosofia natural do direito<sup>75</sup>. Para os jusnaturalistas, a legitimidade da ordem jurídica está condicionada a uma ordem superior, transcendental, melhor explicando, segundo eles, acima das leis humanas está o Direito Natural a fim de lhes conferir suporte axiológico voltado para determinado valor fundamental<sup>76</sup>.

Segundo o jusnaturalismo, os princípios encontram-se nessa ordem supralegal de modo a não integrar o direito positivado. Encerram, nessa linha, valores máximos como o ideal de justiça e de direito.

“Guardam, desse modo, identificação com axiomas jurídicos universais advindos da natureza humana e revelados pela reta razão. Por se situarem nesta esfera tão abstrata e distante, os princípios possuem uma normatividade basicamente nula e duvidosa. São carecedores, portanto, de carga jurídica e da vinculatividade”<sup>77</sup>

<sup>70</sup>LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. op. cit.

<sup>71</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 55.

<sup>72</sup>Id. Ibid.

<sup>73</sup>Id. Ibid.

<sup>74</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 232.

<sup>75</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). op. cit., p. 65.

<sup>76</sup>LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. op. cit., p. 21.

<sup>77</sup>Id. Ibid.

A crença no direito natural, ou seja, na existência de valores e pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada pelo Estado “foi um dos triunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais”<sup>78</sup>

Mas no século XIX, o jusnaturalismo já não trazia mais mudanças e sendo considerado metafísico e anti-científico abre espaço para o positivismo. O positivismo jurídico se baseou no conhecimento científico com a pretensão de criar uma ciência jurídica nos moldes das ciências exatas. E afastou o Direito dos juízos de valor, já que a ciência do Direito deveria se basear nos juízos de fato.

Nesta fase, os princípios fazem parte do ordenamento jurídico positivo. Ante a primazia da lei na solução dos conflitos, estes desempenham função supletiva na aplicação do direito, ocupam lugar secundário, sendo utilizados no caso de lacunas normativas. “Saliente-se que eles decorriam da própria lei, por meio de um processo sucessivo de generalização a partir de regras específicas até o seu conhecimento na ordem interna. Parte-se da lei para os princípios e não dos princípios para a lei”<sup>79</sup>.

No século XX o positivismo decaiu juntamente com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Ante este novo panorama surgiram novas reflexões acerca do Direito e sua função na sociedade. Esta fase é denominada pós-positivismo.

Na etapa pós-positivista, os princípios migram para os textos constitucionais. E assim, se tornam princípios constitucionais, deixando de lado o caráter supletivo para alcançar normatividade máxima e supremacia na ordem jurídica, servindo-lhe de alicerce.

Desta forma, uma vez situados em patamar constitucional, os princípios deixaram de apresentar grau de vinculatidade menor que os preceitos infraconstitucionais. Então, quando se afirma que determinadas normas encerram princípios constitucionais, pretende-se sedimentar a idéia de que eles não são meras diretrizes ou recomendações utilizáveis no caso de insuficiência regulatória de diplomas legais<sup>80</sup>. Os princípios são “dotados de cogência e imperatividade, não podem ser relegados a um plano secundário na aplicação

---

<sup>78</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 64.

<sup>79</sup>LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. op. cit., p. 21.

<sup>80</sup>Id., loc. cit.

do Direito, especialmente tendo em conta que normas que asseguram direitos fundamentais possuem estrutura de normas principiológicas”<sup>81</sup>.

### 6.1.1. Normas, Princípios e Regras

A diferenciação entre normas, princípios e regras é questão polêmica entre os teóricos, apesar de comumente aceita e bastante utilizada, quanto a esta impera a falta de clareza, haja vista a quantidade de critérios utilizados, a dificuldade de delimitação dos conceitos e a terminologia vacilante<sup>82</sup>.

De forma sucinta, José Afonso da Silva distingue os princípios das normas utilizando as seguintes definições:

“As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.

“Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas como disseram os mesmos autores, ‘os princípios, que começam por ser base de norma jurídica, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.’”<sup>83</sup>

Pontua Celso Ribeiro Bastos que vários são os critérios utilizados pelos autores a fim de estabelecer tal distinção, dentre os quais destacam-se: o grau de abstração, “pelo qual não se acentua a diferença qualitativa entre princípios e normas, mas tão-somente se insiste no grau tendencialmente mais abstrato dos princípios em relação às normas”<sup>84</sup>; a aplicabilidade, ou seja, “os princípios demandariam medidas de concentração em comparação com a possibilidade de aplicação direta das normas”<sup>85</sup>; e o “critério da

---

<sup>81</sup>LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. op. cit., p. 22.

<sup>82</sup>ALEXY, Robert. *A teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 87.

<sup>83</sup>SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 92.

<sup>84</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 53.

<sup>85</sup>Id. Ibid.

separação radical, que vislumbra na relação entre normas e princípios uma rigorosa distinção qualitativa, quer quanto à estrutura lógica, quer quanto à intencionalidade normativa”.<sup>86</sup>

De maneira simplista, os princípios são distinguidos das regras por serem caracterizados pela generalidade e abstração, enquanto estas pela determinação e concreção. “Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações”<sup>87</sup>.

Para Robert Alexy, norma é gênero a que pertencem os princípios e as regras, em outras palavras, princípios e regras são espécies de normas. Nesse contexto, entende-se que as normas constitucionais enquadram-se em duas categorias diversas: os princípios e as regras. Regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma, porque ambos dizem o que deve ser, podendo ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição<sup>88</sup>.

Segundo o autor, entre regras e princípios não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Para ele, o ponto principal desta é o fato de que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>89</sup>, ou seja, são “mandados de otimização”<sup>90</sup> que comportam graus de aplicação. “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”<sup>91</sup>.

Sendo assim, a colisão entre princípios e o conflito de regras são diferentemente solucionados. “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”<sup>92</sup>. As regras são válidas ou inválidas. Por sua vez, se dois princípios colidem, um deles terá que ceder, sem significar que deva ser introduzida

---

<sup>86</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit.

<sup>87</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 67.

<sup>88</sup>ALEXY, Robert. op. cit., p. 87.

<sup>89</sup>Id. Ibid., p. 90.

<sup>90</sup>Id., loc. cit.

<sup>91</sup>Id. Ibid., p. 91.

<sup>92</sup>Id. Ibid., p. 93.

cláusula de exceção, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, ocorre que um dos princípios tem precedência em face do outro em determinadas condições. Sendo assim, o conflito entre regras ocorre no plano da validade, enquanto a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso, ou seja, além da dimensão da validade.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos afirmam:

“Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo* ou *nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”<sup>93</sup>

### 6.1.2. Constituição – interpretação das normas: princípios e regras

A interpretação constitucional tradicional baseia-se na aplicação de regras, através da subsunção, cabendo ao intérprete o papel de revelar o significado das normas e aplicá-las aos fatos da vida. Entretanto, essa perspectiva convencional nem sempre é suficiente para resolver os casos concretos como a colisão de direitos fundamentais. Nasce assim, a nova interpretação constitucional assentada na aplicação dos princípios que devem ser ponderados à vista do caso concreto. Desta forma, cabe ao “intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentais, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto”<sup>94</sup>.

Neste contexto, Willis Santiago Guerra Filho observa:

“o estabelecimento do princípio da proporcionalidade ao nível constitucional, com a função de intermediar o relacionamento entre as duas matérias mais importantes a serem disciplinadas em uma Constituição, como são aquelas referentes aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e ao ordenamento dos poderes estatais”<sup>95</sup>.

<sup>93</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 68.

<sup>94</sup>Id. Ibid., p. 87.

<sup>95</sup>GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). op. cit., p. 225.

Ainda quanto aos princípios uma dificuldade adicional pode ocorrer: “o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete”<sup>96</sup>.

Ensina Luís Roberto Barroso que algumas características das normas constitucionais, como a presença de enunciados normativos de textura aberta, ou seja, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, fazem do intérprete “coparticipante do processo de criação do Direito”<sup>97</sup>. Seu papel vai além da revelação da solução contida no texto da norma, em outras palavras, apesar de a norma fornecer parâmetros, o intérprete desempenhará função integrativa, fazendo valorações e escolhas fundamentadas com base no caso concreto<sup>98</sup>.

Ainda quanto ao assunto, ressalta-se a explicação de Flávia Piovesan:

“Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Estes princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico. Neste sentido, a interpretação constitucional é aquela interpretação norteada por princípios fundamentais, de modo a salvaguardar, da melhor maneira, os valores protegidos pela ordem constitucional”<sup>99</sup>.

### 6.1.3. Direitos e Garantias Fundamentais

Para José Afonso da Silva a expressão “direitos fundamentais do homem”, no nível do direito positivo, é reservada para designar “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”<sup>100</sup>

<sup>96</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p. 70.

<sup>97</sup>BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 130.

<sup>98</sup>Id. Ibid. “Essa função integrativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. (...) A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição - seus valores, seus princípios - para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional”. Id. Ibid., p. 130-131.

<sup>99</sup>PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Coord.). op. cit., p. 151.

<sup>100</sup>SILVA, Jose Afonso da. op. cit., p. 178.

“Fundamentais” porque indicam situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive. “Do homem” no sentido de que a todos, de maneira igualitária, devem ser além de reconhecidos, concreta e materialmente efetivados.<sup>101</sup>

André Ramos Tavares comentando o tema dos direitos e garantias fundamentais, pontua:

“Os dispositivos constitucionais que enunciam ditos direitos fundamentais não comportam somente uma força normativa e, por conseqüência, uma norma, mas, em virtude de seu valor, como fundamental por óbvio, assumem verdadeira condição de princípios, sendo fundamento de ‘posições jurídico-subjetivas’, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais”<sup>102</sup>.

Quanto à aplicabilidade de tais direitos, a Constituição Federal determina: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º). No entender de Celso Ribeiro Bastos as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata “tanto quanto possível”<sup>103</sup>.

Na mesma esteira André Ramos Tavares traz à tona pensamento de Manoel Gonçalves no sentido que “o alcance *razoável* desta norma consiste em fazê-la sugerir que se deve procurar dar à regra definidora de direito ou garantia aplicação imediata, dentro do possível, inclusive pelo recurso, normal, à analogia”<sup>104</sup>.

Em que pese as discussões doutrinárias sobre se tratarem de direitos ou princípios, para Ingo Wolfgang Sarlet a qualificação como princípio ou direito fundamental não são excludentes, “as normas que elucidam direitos fundamentais possuem, notadamente, cunho principiológico em virtude da importância que assumem no ordenamento constitucional”<sup>105</sup>.

<sup>101</sup>SILVA, Jose Afonso da. op. cit.

<sup>102</sup>TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Coord.). op. cit., p. 56.

<sup>103</sup>BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 393.

<sup>104</sup>TAVARES, André Ramos. op. cit., p. 57.

<sup>105</sup>Id. Ibid., p. 56.

## 6.2. Princípio da Dignidade Humana

Assunto muito discutido na doutrina é o significado, conteúdo e alcance do que se deve entender por dignidade humana, maior consenso, entretanto, há quanto à sua ligação com os direitos fundamentais.

A idéia de que o ser humano se diferencia dos outros seres vivos e, portanto, é um ser singular, originou-se no Cristianismo. Para Fernando Catroga:

“Por sua vez, a encarnação em Cristo humanizou a revelação divina, acto que situou o homem, feito à imagem e semelhança de Deus, perante a sua liberdade responsável, doando à história um sentido diacrônico que aponta, não para o regresso paradigmático a uma eternidade originária, mas para a consumação e julgamento do destino humano no final dos tempos”<sup>106</sup>

Contudo, a concepção de dignidade como atributo da pessoa começa a se delinear apenas no século XVIII. Inicialmente, entendia-se a dignidade como atributo da aristocracia e ocupantes de cargos públicos, conceito que com o tempo se disseminou e atingiu outras classes de pessoas.

Como bem pontua Helena Regina Lobo da Costa:

“No final do século XVIII, a idéia de dignidade passa por um processo de generalização que, paulatinamente, altera também seu conteúdo semântico, vinculando-se ao conceito de liberdade como autonomia ou não-impedimento. O ideal de que todo homem é um ser livre e, por esta razão, digno, começa a se delinear especialmente nos autores do denominado jusnaturalismo moderno, deixando-se entrever na Declaração de Direitos da Virgínia e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.”<sup>107</sup>

Todavia, o conceito de dignidade que se expandiu não chegou a atingir todas as pessoas, “uma vez que tais declarações de direitos foram fruto de um movimento histórico

---

<sup>106</sup>CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 20.

<sup>107</sup>COSTA, Helena Regina Lobo. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 22.

empreendido pela classe burguesa que não expandiu – e nem pretendia – o conceito de dignidade a todas as pessoas.”<sup>108</sup>

Ainda no final do século XVIII, Immanuel Kant deu nova conformação à idéia de dignidade. Para o filósofo, a dignidade da pessoa é “produto da autonomia decorrente da razão e liberdade humanas.”<sup>109</sup> O homem, como pessoa, constitui um fim em si mesmo, não se permitindo a sua instrumentalização. Kant traça um conceito universal de dignidade, que se estende a todos os homens.

Apesar de inovadora, a concepção kantiana não se concretizou de imediato. E no século XIX e início do século XX, o desenvolvimento e o progresso prevaleceram em detrimento da dignidade da pessoa, o que encontrou seu apogeu com os movimentos totalitários e a 2ª Guerra Mundial<sup>110</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet, analisando a visão kantiana, esclarece:

“Neste contexto, cumpre destacar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar a possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Esta, portanto, como expressão da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente”<sup>111</sup>

Foi no período pós-guerra, e até um pouco antes disso, que o conceito de dignidade toma força e passa a ser em vários países do mundo constitucionalmente previsto. Dentre os diplomas legais que previram a dignidade humana destacam-se: a Declaração Universal do Homem de 1948 (ONU), que em seu art. 1º prevê: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”; a Constituição da República Italiana de 1947 – art. 3, (1ª parte) prevê: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são

<sup>108</sup>COSTA, Helena Regina Lobo. p. 77.

<sup>109</sup>Id. Ibid., p. 24.

<sup>110</sup>Id. Ibid., p. 25.

<sup>111</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira In: LEITE, George Salomão (Coord.). op. cit., p. 159.

iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais”<sup>112</sup>; a Lei Fundamental Alemã de 1949, art. 1.1 prevê: “A dignidade do homem é inatingível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”<sup>113</sup>; e a Constituição da República Portuguesa, art. 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” e art. 13, 1ª alínea: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

Mas além do sentido ora exposto, melhor dizendo, de dignidade humana como algo intrínseco ao ser humano, entende-se que a dignidade tem um sentido cultural “sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual, as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e integram mutuamente”.<sup>114</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>115</sup>, com base na lição de Ernest Benda, destaca a importância de que o conteúdo da noção de dignidade seja determinado no contexto da situação concreta da conduta do Estado e do comportamento humano. Sendo assim, a dignidade é limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade. E se apresenta em uma dimensão dúplice, uma vez que, representa, ao mesmo tempo, expressão da autonomia da pessoa humana e necessidade de sua proteção e assistência pela comunidade e pelo Estado.

E nessa esteira, o citado autor sugere sua própria proposta de conceituação jurídica de dignidade humana:

“temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecer do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da

---

<sup>112</sup>AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

<sup>113</sup>Id. Ibid.

<sup>114</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 161.

<sup>115</sup>Id. Ibid., p. 162.

própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”<sup>116</sup>

E ainda, nas palavras de Carmem Lúcia Antunes da Rocha:

“Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal”<sup>117</sup>

O legislador constitucional pátrio, no art. 1º, III da Constituição Federal, tratou expressamente da dignidade da pessoa humana<sup>118</sup>, consagrando-a como princípio fundamental, melhor dizendo, fundamento do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, a norma constitucional ora referida “constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e como tal, inequivocadamente carregado de eficácia”<sup>119</sup>.

No mesmo sentido, entende Antonio Junqueira de Azevedo que, tomada em si, a expressão dignidade humana “é um conceito jurídico indeterminado; utilizada em norma, especialmente constitucional, é princípio jurídico. É sob esta última caracterização que está na Constituição da República, já que aí aparece entre os princípios fundamentais”<sup>120</sup>.

Esclarecendo a posição jurídica que ocupa a dignidade humana no contexto da legislação brasileira, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

“Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa (...)”<sup>121</sup>

<sup>116</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 167.

<sup>117</sup>Citada por PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 95.

<sup>118</sup>A Constituição prevê, expressamente, a dignidade da pessoa humana, em outros artigos, além do art. 1º, como nos arts. 170, *caput*; 226, § 6º e 227, *caput*.

<sup>119</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 170.

<sup>120</sup>AZEVEDO, Antonio Junqueira de. op. cit., p. 3.

<sup>121</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 170-171.

Para Flávia Piovesan, “o valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”<sup>122</sup>. E vai além, afirmando que a dignidade humana é verdadeiro “superprincípio”<sup>123</sup> a orientar tanto o Direito Interno como o Direito Internacional, seria a “norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo”<sup>124</sup>

Sendo assim, o Princípio da dignidade humana é considerado por parte da doutrina um macroprincípio que, como bem explica Rodrigo da Cunha Pereira<sup>125</sup>, traz em si outros princípios e valores essenciais como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. Trata-se de uma coleção de princípios éticos. E todo e qualquer ato que nestes não se basear, deve ser considerado contrário ao direito.

Sua importância é salientada por Maria Berenice Dias:

“É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado no primeiro artigo da Constituição Federal. 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. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se podem elencar de antemão”<sup>126</sup>.

### 6.3. Princípio da Monogamia

O Princípio da monogamia vai além de seu caráter moral nas relações amorosas e familiares, ele é antes um princípio jurídico. Princípio este que tem como fim organizar as relações jurídicas familiares do mundo ocidental.

Na esteira do Princípio monogâmico, o Estado toma uma série de providências a fim de protegê-lo: a bigamia é considerada crime nos termos do art. 235 do CP; as pessoas casadas ficam impedidas de casar (art. 1521, VI do CC), a bigamia torna imperativa a

<sup>122</sup>PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 150.

<sup>123</sup>Id. Ibid., p. 152.

<sup>124</sup>Id. Ibid., p. 153.

<sup>125</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 94.

<sup>126</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 59.

anulação do casamento (art. 1548, II do CC); é passível de ser anulada a doação feita pelo adúltero a seu cúmplice (art. 550, II do CC); a infidelidade serve de fundamento para a ação de separação, caracterizando violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum (art. 1572 do CC); e ainda, considera concubinato as relações entre homem e mulher, impedidos de casar (art. 1727 do CC).

No que tange a este princípio, interessante discussão surge na doutrina a respeito do concubinato adúlterino ou como hoje é chamado, apenas concubinato.

Maria Berenice Dias a respeito da monogamia:

“(…) Não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado. (...) E pretender elevar a monogamia ao status de princípio constitucional autoriza que se chegue a resultados desastrosos. Por exemplo, quando há simultaneidade de relações, simplesmente deixar de emprestar efeitos jurídicos a um ou pior, a ambos os relacionamentos, sob o fundamento de que foi ferido o dogma da monogamia, acaba permitindo o enriquecimento ilícito exatamente do parceiro infiel. Resta ele com a totalidade do patrimônio e sem qualquer responsabilidade para com o outro. Essa solução que vem sendo apontada pela doutrina e aceita pela jurisprudência afasta-se do dogma maior de respeito à dignidade da pessoa humana, além de chegar a um resultado de absoluta afronta à ética”<sup>127</sup>.

Já o Professor Rodrigo da Cunha Pereira pensa de forma um pouco diferente, na tentativa de harmonizar as situações, sem retirar o caráter de princípio da monogamia:

“Não há dúvida de que o concubinato (adúlterino) fere o princípio da monogamia, bem como a lógica do ordenamento jurídico ocidental e em particular o brasileiro. (...) Mas, se o fato de ferir este princípio significar fazer injustiça, devemos recorrer a um valor maior que é o da prevalência da ética sobre a moral para que possamos aproximar do ideal de justiça (...). Ademais, se considerarmos a interferência da subjetividade na objetividade dos atos e fatos jurídicos, concluiremos que o imperativo ético passa a ser a consideração do sujeito na relação e não mais o objeto da relação. Isto significa colocar em prática o que disse antes, ou seja, que o Direito deve proteger a essência e não a forma ainda que isto custe ‘arranhar’ o princípio jurídico da monogamia. Se o fim dos princípios jurídicos é ajudar a atingir um bem maior, ou seja, a justiça, este paradoxo do concubinato adúlterino deve ser

---

<sup>127</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 59.

resolvido, então, em cada julgamento, e cada julgador ampliando outros princípios e a subjetividade que cada caso pode conter é quem deverá aplicar a justiça, dentro de seu poder de discricionariedade. Assim, estaremos preservando o princípio jurídico da monogamia, eixo gravitacional sob o qual todo o Direito de Família está estruturado”<sup>128</sup>.

Não há como negar a existência do Princípio da Monogamia como um dos norteadores do Direito de Família. O fato de haver situações que o contrariem, ou mesmo, perante as quais este não deva ser aplicado, não lhe retira o caráter principiológico. A depender do caso concreto, há que se valer o órgão julgador de outro princípio de direito, como por exemplo o Princípio da Dignidade Humana ou, até mesmo, utilizar-se do Princípio da Proporcionalidade, harmonizando princípios conflitantes.

#### **6.4. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**

A maior fragilidade e vulnerabilidade da criança e do adolescente até os 18 anos, por sua condição de pessoas em desenvolvimento, os fazem destinatários de um tratamento diferenciado. Desta forma, a Carta Constitucional, em seu art. 227, assegura a crianças e adolescentes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, a convivência familiar e na comunidade. Além disso, são protegidos contra toda forma de negligência, exploração, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Todo esse leque de direitos e garantias deve ser assegurado com prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado. E sua forma de implementação está contemplada no Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe em seu artigo 1º: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

O ECA, diferentemente do Código de Menores<sup>129</sup>, não se restringe a tratar do menor em situação irregular, mas tem como escopo a proteção integral à criança e ao adolescente. “A proteção integral há de ser entendida como aquela que abranja todas as

---

<sup>128</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 123-124.

<sup>129</sup>Lei 6698, de 10/10/1979, revogada expressamente pelo art. 267 do ECA.

necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento de sua personalidade”<sup>130</sup>, devendo ser prestadas “assistência material, moral e jurídica”<sup>131</sup>.

Ensina Roberto João Elias que “toda assistência deve ser, de preferência, ofertada no seio de uma família, se possível biológica. Se não for, em uma família substituta”<sup>132</sup>

Assegurar esses direitos e garantias contemplados na Constituição Federal é atender ao interesse da criança e do adolescente.

### **6.5. Princípio da Igualdade e respeito às diferenças**

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e repudia de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A preocupação com tais valores evidencia-se desde o preâmbulo do Texto Constitucional que explicita o intuito de se constituir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inegável normatividade ao enunciar serem objetivos fundamentais da República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O art. 5º, *caput*, esclarece o assunto e prevê expressamente: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Além disso, o constituinte faz menção à igualdade entre homens e mulheres – art. 5º, I “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e à rejeição do racismo – art. 5º, XLII “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

A doutrina estuda a igualdade sob dois aspectos: a igualdade formal ou igualdade perante a lei e a igualdade material ou igualdade na lei. A primeira diz respeito à “igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente”<sup>133</sup>. E a segunda, por

---

<sup>130</sup>ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.

<sup>131</sup>Id. *Ibid.*

<sup>132</sup>Id. *Ibid.*

<sup>133</sup>RIOS, Roger Raupp. *Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 31.

sua vez, “exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem com a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas”<sup>134</sup>.

O Texto Constitucional vigente abriga as concepções formal e material do princípio da igualdade, expressas pela garantia da igualdade perante a lei e da igualdade na formulação da lei.

A igualdade formal teve papel histórico importante na superação das diferenças estatuídas entre os cidadãos no período medieval<sup>135</sup>. Na verdade, através dessa acepção do princípio da igualdade nasce o sujeito de direitos abstrato e formal. Mas a concepção formal de igualdade não foi suficiente para promover a justiça. Haja vista que possibilita o tratamento igual de situações desiguais e vice-versa.

Esclarecedoras as palavras de Maria Berenice Dias a esse respeito: “É imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal”<sup>136</sup>.

Analisando a igualdade na lei, Roger Raupp Rios esclarece que a indagação fundamental colocada pela igualdade material reside na determinação da característica a ser levada em conta no juízo de diferenciação ou equiparação, para fins de se instituir um tratamento jurídico igual ou diferente. A consideração dessa característica que possibilita a diferenciação deve respeitar os princípios e direitos fundamentais emoldurados na Constituição Federal e obedecer aos critérios de diferenciação proibidos, ou seja, qualquer forma de discriminação.

Sendo assim, somente “diante de uma razão suficiente para a justificação do tratamento desigual, portanto, é que não haverá violação do princípio da igualdade. Ora, a suficiência ou não da motivação da diferenciação é exatamente um problema de valoração”<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup>RIOS, Roger Raupp. op. cit.

<sup>135</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit, p. 180.

<sup>136</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 62.

<sup>137</sup>RIOS, Roger Raupp. op. cit., p. 53.

“Neste quadro, ante a inexistência de uma razão suficiente, a máxima geral da igualdade ordena um tratamento igual (...).

Inexiste razão suficiente sempre que não for alcançada fundamentação racional para a instituição da diferenciação; este dever de fundamentação impõe uma carga de argumentação para que se justifiquem tratamentos desiguais. Doutra parte, havendo razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, é de rigor tal diferenciação no tratamento (...).

Desta maneira formuladas, a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual distanciam-se na medida em que a desigualdade de tratamento exige uma fundamentação para se impor, ao passo que o mandato de igualdade de tratamento se satisfaz com a simples inexistência de uma fundamentação que permita uma diferenciação. Em princípio, portanto, está exigido um tratamento igual, sendo permitido um tratamento desigual se e somente se for possível justificá-lo.

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todas as pessoas no âmbito social e, para tanto, é preciso que os iguais sejam tratados de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades.

Sobre o assunto, Rodrigo da Cunha Pereira:

“O discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito às diferenças. Se todo são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social.

O necessário discurso da igualdade traz consigo um paradoxo: quanto mais se declara a universalidade da igualdade de direitos, mais abstrato se torna a categoria desses direitos. Quanto mais abstrato, mais se ocultam as diferenças geradas pela ordem social. Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Necessários desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade. Em outras palavras, a formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade. Portanto, é a partir da diferença, da alteridade, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano”<sup>138</sup>.

---

<sup>138</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 140-141.

### 6.5.1. O Princípio da Igualdade e a discriminação

Como bem salienta Celso Antonio Bandeira de Mello,

“...as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quanto existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.<sup>139</sup>”

Nessa linha de pensamento, as discriminações não podem ser arbitrárias, injustificadas e nem desarmônicas com o sistema normativo constitucional.

Como já estudado acima, o princípio da igualdade formal foi utilizado como um mandamento de aplicação universalista da lei. Na esfera da sexualidade, mais precisamente da homossexualidade, a igualdade formal significa, *a priori*, “a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação homossexual ou heterossexual”<sup>140</sup>, ficando proibida discriminações por motivo de orientação sexual.

A igualdade formal “estabelece uma interdição para a diferenciação de tratamento”<sup>141</sup>, as desigualdades só poderão ser toleradas se racionalmente fundadas, questão que ultrapassa a dimensão formal do princípio da igualdade, sendo pertinente à dimensão material.

Haja vista preconceitos e discriminações sofridos por certas pessoas ou grupos, com base em certas características como raça, crença religiosa, cor, sexo, etc; alguns critérios de diferenciação são expressamente proibidos. Na Constituição pátria destaca-se o art. 3º, IV, como sede principal dos critérios de diferenciação proibidos, o qual veda quaisquer distinções por motivo de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

---

<sup>139</sup>Apud RIOS, Roger Raupp. op. cit., p. 56.

<sup>140</sup>Id. Ibid., p. 129.

<sup>141</sup>Id. Ibid.

Nesse contexto, entende Roger Raup Rios<sup>142</sup> que a hipótese de discriminação por orientação sexual, apesar de não estar expressamente prevista no texto constitucional, está proibida, uma vez que o texto constitucional é, explicitamente, aberto quanto à existência de hipóteses de discriminação não arroladas no texto normativo, além disso, se trata de uma forma de discriminação arbitrária e, na verdade, a discriminação por orientação sexual retrata uma hipótese de discriminação por motivo de sexo.

Além disso, ainda segundo o citado autor<sup>143</sup> a dimensão material do princípio da igualdade torna inconstitucional qualquer discriminação que utilize preconceito ou lance mão de juízos mal fundamentados a respeito da homossexualidade. A palavra de ordem quando das indagações sobre a possibilidade de diferenciação ou equiparação em função da orientação sexual, é a igualdade de tratamento. Na esfera atual de desenvolvimento da sociedade; da família; dos direitos e princípios fundamentais, no âmbito interno e internacional; a diferenciação com base na orientação sexual, para ser considerada constitucional demanda elevada carga de argumentação, sob pena de ser considerada arbitrária. “Assim, com relação à homossexualidade, aquilo que outrora justificaria a diferenciação, hoje, revela-se preconceituoso, não mais servindo como justificção racional para práticas discriminatórias”<sup>144</sup>

## 6.6. Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

O Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares é entendido como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.<sup>145</sup> E teve seu marco histórico na Constituição Federal de 1988 que reconheceu outras formas de família, além daquela baseada no casamento.

---

<sup>142</sup>“Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo. Aliás, nunca é demais ter presente que as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes critérios. Este dado corrobora, ainda mais, a não-obrigatoriedade da expressa enunciação da proibição de discriminação, além de revelar o equívoco do raciocínio que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação” RIOS, Roger Raupp. op. cit., p. 132.

<sup>143</sup>Id. Ibid., p. 134-138.

<sup>144</sup>RIOS, Roger Raupp. op. cit., p. 138.

<sup>145</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 64.

Há discussão na doutrina a respeito do art. 226 do Texto Constitucional. Alguns autores defendem que tal artigo elenca quais as entidades familiares protegidas pelo Estado, tratando-se de *numerus clausus*. Já outros doutrinadores, como Paulo Luiz Netto Lobo,<sup>146</sup> entendem que as entidades familiares referidas são exemplos e que todas as possíveis diferentes formas de família recebem igual proteção do Estado.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira:

“É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal.

Diante da hermenêutica do texto constitucional e, sobretudo, da aplicação do princípio da pluralidade das formas de família, sem o qual estar-se-ia dando um lugar de indignidade aos sujeitos da relação que se pretende seja família, tornou-se imperioso o tratamento tutelar a todo agrupamento que, pelo elo do afeto, apresente-se como família, já que ela não é um fato da natureza, mas da cultura, repita-se (...). Por tratamento tutelar entenda-se o reconhecimento pelo Estado de que tais grupamentos não são ilegítimos e, portanto, não estarão excluídos do laço social”.<sup>147</sup>

## 6.7. Princípio da Afetividade

Com a evolução da sociedade, a família que tinha importante função econômica e grande representatividade política e religiosa passou a se manter preponderantemente em razão dos laços afetivos entre seus membros. O papel masculino de chefe da família passou a ser compartilhado com a mulher, que tendo saído para o mercado de trabalho, passou a contribuir financeiramente para o sustento da família.

---

<sup>146</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 44, jan./mar. 2002.

<sup>147</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 167-168.

Paulo Luiz Netto Lobo<sup>148</sup> identifica na Constituição Federal quatro fundamentos a embasar o Princípio da afetividade: a igualdade dos filhos, independente da origem da filiação; a adoção, tendo os filhos adotivos os mesmos direitos dos filhos biológicos; a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, sejam decorrentes da filiação civil ou natural, com a mesma dignidade da família; e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente.

Ante o pensamento exposto, afirma Rodrigo da Cunha Pereira<sup>149</sup> que para que haja uma entidade familiar é necessário um afeto especial ou, mais precisamente, um afeto familiar, que pode ser conjugal ou parental. E o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental.

Mas o afeto na opinião dos doutrinadores a cima referidos não é o suficiente para que se haja uma entidade familiar. Desta forma, Paulo Luiz Netto Lobo<sup>150</sup> elenca como elementos identificadores de uma entidade familiar, além a afetividade, a ostensibilidade (uma entidade familiar se apresenta desta forma publicamente, e assim é reconhecida perante a sociedade) e a estabilidade (comunhão de vida). Rol ao qual, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>151</sup> acrescenta mais um elemento, ensina ele que a noção de família sustentada pelo afeto, deve conter, em seu núcleo, uma estrutura psíquica.

---

<sup>148</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47.

<sup>149</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 180.

<sup>150</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 155, jun./jul. 2004.

<sup>151</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, cit., p. 181.

## **7. HOMOAFETIVIDADE**

### **7.1. Homossexualidade na sociedade**

O envolvimento entre pessoas do mesmo sexo esteve presente em toda a história da humanidade, mesmo não sendo aceito e ainda que condenado em várias culturas e religiões. Contudo, o comportamento homossexual esteve presente e era aceito em duas grandes civilizações antigas, que serviram de berço para a cultura ocidental: Roma e Grécia.

Em Roma, embora fosse um comportamento comum, a sociedade machista via tais relações com preconceito, diferente do caráter nobre, com que eram tratadas na Grécia.

Na Grécia Clássica, por sua vez, a sodomia era plenamente aceita, havendo a crença de que, por meio do contato sexual, se transmitia heroísmo e nobreza. Havia também a justificativa de treinar os jovens para as guerras, onde não havia a presença de mulheres. Nas Olimpíadas, os atletas gregos competiam nus, exibindo beleza física. No teatro, os papéis femininos eram sempre desempenhados por homens travestidos de mulheres. O exercício não reprimido da sexualidade era visto como uma necessidade humana. Todo indivíduo poderia ser ora homossexual, ora heterossexual, termos, por sinal, desconhecidos na língua grega.

O maior preconceito contra a união de pessoas do mesmo sexo provém de religiões. Segundo a Igreja Católica, o contato sexual deve ser restrito ao casamento e com o fim de gerar filhos. Daí é que se pode entender a condenação do relacionamento homoafetivo, principalmente o masculino. Com a Inquisição, a penalização da sodomia - inexistia à época o termo homossexualismo – tornou-se ainda mais severa, inclusive com a aplicação de pena de morte.

Entre os países ocidentais que proibiram as relações homossexuais destacam-se a Inglaterra, Portugal e Espanha. Países que, por serem grandes potências colonizadoras no século XVI, acabaram impondo essas leis também às suas colônias. Na União Soviética, a homossexualidade era classificada como crime social. Já na Alemanha pós-2ª Guerra

Mundial, as perseguições aos homossexuais tomaram uma feição política, tal como o anti-semitismo.

Quanto à questão médico-psicológica, entendeu-se, por um longo período, que o homossexualismo era uma doença mental, passível de tratamentos como a castração, terapia de choque ou lobotomia. Em 1975, a Organização Mundial de Saúde (OMS) passou a classificá-la como sintoma decorrente de circunstâncias psicossociais.

A palavra homossexualismo passou, então, a ser inapropriada para designar a pessoa que prefere sexualmente e afetivamente outra do mesmo sexo, pois o sufixo “ismo”, na Medicina, significa doença. A denominação correta passa a ser homossexualidade, pois, na Medicina, o sufixo “dade” significa modo de ser. Somente em 1992, a homossexualidade deixou definitivamente de ser considerada doença pela Organização Mundial da Saúde.

Esclarece a psiquiatra Carmita Abdo, estudiosa da vida sexual do povo brasileiro, que a “Organização Mundial da Saúde reconhece a orientação sexual como forma de expressão natural da sexualidade, seja ela homo, hetero ou bissexual”<sup>152</sup>. Sendo, desta forma, papel dos profissionais da saúde auxiliar na adaptação daqueles que sofrem em razão de sua conduta ou inclinação sexual<sup>153</sup>, e não tratar a homossexualidade como doença.

Vale ressaltar a diferença entre identidade sexual e orientação sexual. A identidade sexual é a soma de características físicas de uma pessoa com as influências do meio e o desenvolvimento psicológico de cada um, melhor dizendo, “tendo nascido com determinadas características físicas e sendo reconhecida pelo meio e por si mesma como pertencente ao gênero A, está estabelecida a identidade sexual de uma pessoa”<sup>154</sup>. Já a orientação sexual<sup>155</sup>, segundo a citada psiquiatra, é definida pela atração que uma pessoa sente por outra do mesmo sexo ou do sexo oposto ou de ambos.

---

<sup>152</sup>ABDO, Carmita. *Descobrimto sexual do Brasil: para curiosos e estudiosos*. São Paulo: Summus, 2004. p. 25.

<sup>153</sup>Id., loc. cit.

<sup>154</sup>Id. Ibid., p. 22.

<sup>155</sup>Id. Ibid., p. 25.

No Brasil, os portugueses, ao aqui desembarcar, já encontraram os índios praticando atos homossexuais livremente. O mesmo aconteceu quando chegaram os negros, vindos da África, onde a homossexualidade era prática cultural. A repressão às relações homossexuais foi prática constante, uma vez que, sendo o Brasil colônia, adotava as normas anti-sodomismo impostas por Portugal.

Somente em 1824, mais de 300 anos após a chegada dos portugueses ao Brasil, a homossexualidade deixou de ser considerada como um crime. Mas isso não foi suficiente para alterar os valores culturais e religiosos, que nossos colonizadores nos impuseram. Até hoje o assunto ainda é um grande tabu em nossa sociedade, que, na maioria das vezes, prefere fechar os olhos para a existência desse tipo de relacionamento. Panorama que começa a se modificar.

O ProSex, Projeto Sexualidade do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo, coordenado pela psiquiatra Carmita Abdo, realizou trabalho de campo nas quatro regiões do Brasil<sup>156</sup>, nas quais 7.103 pessoas responderam a questionários com perguntas sobre sexualidade, na porcentagem de: 54,6% homens e 45,4% mulheres. Dentre estas, “96,7% das mulheres e 92% dos homens consideram-se heterossexuais; homossexuais, 2,4% das mulheres e 6,1% dos homens; bissexuais, 0,9% delas e 1,8% deles<sup>157</sup>”.

Grande estudioso sobre o assunto, o filósofo francês Michel Foucault comenta a necessidade de se posicionar as questões relativas aos relacionamentos homoafetivos na sociedade e no direito:

“Quanto aos objetivos políticos do movimento homossexual, dois pontos podem ser sublinhados. É preciso, em primeiro lugar, considerar a questão da liberdade de escolha sexual. (...)quando a questão é a escolha sexual, nossa intransigência deve ser total. A liberdade de escolha sexual implica a liberdade de expressão dessa escolha. Por isso, eu entendo a liberdade de manifestar ou de não manifestar essa escolha. No que diz respeito à legislação, é verdade que têm acontecido progressos consideráveis neste assunto, apontando para uma maior tolerância, mas há ainda muito o que fazer.

---

<sup>156</sup>“Distribuição de 7.103 participantes pesquisados no Brasil por região: Norte 1,9%, Nordeste 16,8%, Centro-Oeste 9,1%, Sudeste 56% e Sul 16,2%”, ABDO, Carmita. op. cit., p. 16.

<sup>157</sup>ABDO, Carmita. op. cit., p. 25.

Em segundo lugar, um movimento homossexual pode adotar como objetivo colocar a questão do lugar que ocupam, para o indivíduo em uma dada sociedade, a escolha sexual, o comportamento sexual e os efeitos das relações sexuais entre as pessoas. Essas questões são fundamentalmente obscuras. Veja, por exemplo, (...) a falta de clareza que caracteriza a questão do estatuto legal definidores da relação entre duas pessoas do mesmo sexo. Eu não quero dizer que a legislação do casamento entre homossexuais deva se constituir em um objetivo, mas nós temos uma série de questões concernentes à inserção e o reconhecimento no interior do quadro legal e social de um certo número de relações entre indivíduos, para os quais devemos encontrar uma resposta<sup>158</sup>.

Quanto ao enquadramento das relações homoafetivas no meio social, haja vista as raízes históricas do Brasil, muitas barreiras ainda precisam ser derrubadas. Já quanto ao enquadramento no direito, o momento é de significativa evolução, conforme se observa nas decisões administrativas e judiciais adiante expostas.

## 7.2. Omissão Legal

As questões ligadas às uniões homoafetivas, além de dificuldades de ordem social, cultural e política, enfrentam o silêncio da Constituição Federal e a falta de previsão na lei infraconstitucional.

Há discussões a respeito da interpretação do art. 226 da Constituição Federal, por este emprestar especial proteção à família, proibir discriminações de qualquer ordem, mas não tratar expressamente de uniões homoafetivas. Também o Código Civil não dispõe expressamente sobre as uniões homoafetivas, gerando muitas questões e posicionamentos diferentes na doutrina e jurisprudência.

Consoante essa linha de pensamento, ante a omissão legal verifica-se a existência de lacuna na lei. Nesse caso, prevê o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que na omissão da lei o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

---

<sup>158</sup>FOUCAULT, Michel. *Escolha sexual, ato sexual*. “Sexual Choise, Sexual Act”; entrevista com J. O’Higgins; trad. F. Durant-Bogaert). *Salmagundi*, n. 58-59: Homosexuality: Sacrilege, Vision, Politics, automne-hiver 1982, pp. 10-24. Traduzido a partir de FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits*. Paris: Gallimard, 1994, pp. 320-335 por Wanderson Flor do Nascimento. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/escolha.pdf>>.

A lacuna existe na lei e não no ordenamento jurídico. Admite-se, desta forma, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>159</sup> considerou a união entre pessoas do mesmo sexo análoga à união estável entre pessoas de sexos diferentes, fazendo incidir a norma inserta no artigo 4º da LICC, a fim de dispensar tratamento igualitário, em termos patrimoniais, às relações heterossexuais e homossexuais,

A Constituição Federal ao tratar da família a coloca em posição privilegiada no centro do ordenamento jurídico brasileiro, digna de total proteção do Estado, estando assegurada a assistência a cada um de seus integrantes. Tutela a família de forma geral, fazendo referência expressa apenas à família constituída pelo casamento, pela união estável e por um dos pais e seus descendentes, o que de forma alguma significa proibição à proteção de outras configurações familiares.

A Constituição Federal apenas não trata expressamente as uniões homoafetivas, mas deixa claro a forma como devem ser tratadas as relações familiares no âmbito do direito pátrio, ou seja, proteção especial do Estado.

O Princípio da Igualdade lastreado pela Dignidade Humana exige tratamento igualitário para situações e pessoas em igualdade de condições e veda discriminações, ou seja, quando duas pessoas de mesmo sexo se unem no intuito de construir uma vida em comum, com base no afeto, não pretendem constituir uma sociedade empresária, mas uma família. E desta forma deve ser legalmente protegida.

Nestes termos, ante a ausência de um estatuto jurídico próprio, através da interpretação dos princípios constitucionais e de sua integração, são aplicadas às relações homoafetivas, por analogia, as normas referentes às uniões estáveis, devido a sua maior proximidade com as relações a serem protegidas.

---

<sup>159</sup>STJ, Resp 238.715/RS, 3ª Turma, julgamento 07.03.2003, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros. STJ, REsp 820475/RJ, 4ª Turma, DJ de 11/05/2009, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/02/2010, DJ de 23/02/2010.

### 7.2.1. O Código Civil

Como já comentado, o Código Civil de 2002 não trata das uniões homoafetivas. Contudo, há na doutrina entendimento no sentido de que não está proibido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que, a diversidade de sexos não é requisito para o casamento e nem causa de impedimento.

O presente entendimento encontra muita resistência, haja em vista a opinião contrária defender que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria inexistente.

O Código Civil apesar de não se referir à diversidade de sexos nos termos acima colocados faz referências à heterossexualidade do par nos artigos: “art. 1514. 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. 1517. 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”; e “art. 1565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Quanto à união estável, prevê o Código Civil a diversidade de sexos, no art. 1723: “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 constituir família”. Contudo, os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, preenchidas as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, no entanto, proibir a união entre pessoas do mesmo sexo. “Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu”<sup>160</sup>.

O Código Civil tratou do casamento e da união estável entre homens e mulheres, não regulando as uniões homoafetivas, cuja adequada proteção exige a atividade do legislador.

---

<sup>160</sup>Recurso Especial 820.475/RJ.

### 7.2.2. A polêmica a respeito da interpretação do art. 226 da Constituição Federal

A doutrina não é pacífica no que tange à interpretação do art. 226 da Constituição Federal. Procuraremos expor os principais pontos de discórdia, bem como a doutrina mais autorizada sobre o assunto.

Ante realidade social das relações homoafetivas, formadas com as mesmas intenções que o casamento e a união estável, quais sejam, a formação de um núcleo familiar, com base no afeto, à procura da realização pessoal de seus membros e, por conseqüência, à procura da felicidade. Parte da doutrina civilista atribui às uniões homoafetivas o *status* de entidade familiar, contrapondo-se ao tratamento tradicional dado a essas relações que as arrasta para do direito das obrigações, ao considerá-las sociedade de fato.

Nesta esteira entende parte da doutrina que as entidades familiares elencadas no art. 226 da Constituição Federal não são rol taxativo, mas, meramente, exemplificativo. O que possibilita a proteção das uniões homoafetivas como entidade familiar.

Segundo Maria Berenice Dias, o art. 226 da CF ante a necessidade de se reconhecer relações afetivas fora do casamento, emprestou especial proteção às entidades formadas por um dos pais e sua prole, bem como à união estável entre homem e mulher. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedoras de tutela. A norma em questão é cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Desta forma, não se pode deixar de reconhecer que, mesmo sem diversidade de sexo, certos relacionamentos atendem a esses requisitos, devendo ser reconhecidos como entidade familiar, uma vez que têm origem em um vínculo afetivo<sup>161</sup>.

Na mesma esteira defende Maria Celina Bodin de Moraes<sup>162</sup> que a argumento jurídico mais consistente contrário à natureza familiar da união civil entre pessoas do mesmo sexo, provém da interpretação da Constituição que prevê expressamente três

---

<sup>161</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 183.

<sup>162</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *RTDC: revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 112, jan./mar. 2000.

formas de configurações familiares: aquela fundada no casamento, a união estável entre um homem e uma mulher com ânimo de constituir família (art. 226, §3º), além da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Alguns autores, em respeito à literalidade do Texto Constitucional, entendem que quaisquer outros tipos de entidades familiares que se queira criar, terá que ocorrer através de emenda constitucional e não por projeto de lei.

Desta forma, segundo a autora o art. 226 da CF seria norma geral exclusiva que ao regular um comportamento, ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os demais comportamentos. Ocorre que, parte da doutrina defende a existência de uma outra norma geral denominada inclusiva, cuja característica é regular os casos não previstos na norma, desde que semelhantes a ele. De modo que, frente a uma lacuna, cabe ao intérprete decidir se deve aplicar a norma geral exclusiva, usando o argumento a *contrario sensu*, ou se deve aplicar a norma geral inclusiva, através do argumento analógico.

“Se a família, através de adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como ‘instrumento’, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculos afetivos que, embora não previstos expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificados com a mesma ratio, como os mesmos fundamentos e com a mesma função. Mais do que isto: a admissibilidade de outras formas de entidades ‘familiares’ torna-se obrigatória quando se considera seja a proibição de qualquer outra forma de discriminação entre as pessoas, especialmente aquela decorrente de sua orientação sexual – a qual se configura como direito personalíssimo –, seja a razão maior de que o legislador constituinte se mostrou profundamente compromissado com a com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, CF), tutelando-a onde quer que sua personalidade melhor se desenvolva.”<sup>163</sup>

Para Paulo Luiz Netto Lobo<sup>164</sup>, além das entidades enumeradas no art. 226 da CF, outras estão protegidas, uma vez que, são tipos implícitos, abrangidos pelo conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Segundo o autor, a redação do art. 226 da CF/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, ao suprimir a expressão “constituída pelo casamento” que constava da Constituição de 1969 (art. 175), operou o desaparecimento da cláusula geral de exclusão.

---

<sup>163</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit., p. 112.

<sup>164</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: família*. 3. ed., cit., p. 76.

Ainda quanto à posição doutrinária defendida, explica Maria Alice Lotufo<sup>165</sup> a opinião de José Carlos Teixeira Giorgis. Segundo o autor, na falta de proibição expressa ou de previsão positiva, deve-se interpretar adequadamente a Constituição Federal, considerando outras normas de forma a evitar contradições, pois sob o ângulo do direito de família, a norma do § 3º da CF não exclui a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Já de maneira diferente se posiciona Maria Helena Diniz, segundo sua doutrina: “Para admitirmos casamento e união estável entre homossexuais teríamos, primeiro, que alterar a Constituição Federal, mediante emenda. A relação homossexual só pode gerar uma sociedade de fato...”<sup>166</sup>. E ainda, comentando a posição de Maria Berenice Dias quanto ao art. 226 da CF:

“Ora, com a devida vênia, como aquela norma, sendo de ordem pública, poderia ser interpretada extensivamente ou aplicada por analogia? E, além disso, é norma especial, não podendo por isso, ser aplicada à união de pessoas do mesmo sexo, sob alegação de ser discriminatória e de ferir o princípio da isonomia, visto que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, e estender tal norma a casal homossexual equivaleria a tratar igualmente os desiguais”<sup>167</sup>.

Nesse mesmo sentido, Álvaro Villaça Azevedo: “Do mesmo modo, ainda que se cogite de mera convivência, no plano fático, entre pessoas do mesmo sexo, não se configura a união estável”<sup>168</sup>. E continua, “Com a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, ficou bem claro esse posicionamento, de só reconhecer, como entidade familiar, a união estável entre homem e mulher, conforme claríssimo enunciado do § 3º do seu art. 226.”<sup>169</sup>

E também Arnaldo Wald, em comentário ao art. 1723 do Código Civil:

“Verifica-se, assim, que a entidade familiar, alçada à condição de união estável, requer como primeiro pressuposto a heterossexualidade de seus partícipes.

<sup>165</sup> LOTUFO, Maria Alice de. *Aplicabilidade das normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 53.

<sup>166</sup> DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 370.

<sup>167</sup> Id. Ibid., p. 371.

<sup>168</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 470.

<sup>169</sup> Id. Ibid., p. 471.

Excluiu, assim, o novo diploma legal, a união estável de homossexuais. E aliás não poderia ser de outro modo. É que a Constituição Federal, no art. 226, § 3º, determina que ‘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’.

Ora, se o referido dispositivo constitucional prevê expressamente a diversidade de sexos – refletida também do Código Civil de 2002 – resta evidente que não se enquadra na categoria de entidade familiar o relacionamento mantido por homossexuais. Demais disso, para que se facilite a sua conversão em casamento, a união estável só pode ter lugar entre pessoas não impedidas de casar”.

Segundo Maria Alice Lotufo, o legislador ao enumerar as entidades familiares o fez com taxatividade, pois esgotou as formas de união a constituir família, uma vez que, ao lado da família matrimonial, declarou no § 3º, do art. 226: “Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão casamento”. Além disso, considera que a previsão do caput do art. 226, por si só, não protege a união homoafetiva, que precisa ser reconhecida.

“Os seus quatro primeiros parágrafos indicam sobre quais famílias, recai a tutela: as derivadas do casamento; as constituídas pela união estável e as formadas por qualquer dos pais e seus descendentes. As demais entidades que tenham ou venham a ter essa pretensão, deverão ser reconhecidas constitucionalmente, através de Emenda à Constituição, ou por força da aplicação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”<sup>170</sup>

A Constituição Federal não protege explicitamente as relações homoafetivas, mas também não as proíbe, haja vista o art. 226 não fazer referência expressa às mesmas.

Contudo, a Constituição Federal prevê os Princípios da Igualdade e da Dignidade Humana. O Princípio da Igualdade exige um tratamento jurídico isonômico a todas as pessoas, sem distinções de ordem sexual, ou seja, proíbe discriminações por motivo de orientação sexual. O Princípio da Dignidade Humana, por sua vez, exige que a dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca, seja respeitada e promovida pelo Estado e pela sociedade e sirva de guia para toda ordem jurídica. Sendo assim, as uniões formadas com o intuito de constituir família, baseadas nos laços de afeto entre seus membros, devem ser protegidas como família independente da orientação sexual de seus membros.

---

<sup>170</sup> LOTUFO, Maria Alice de. *Aplicabilidade das normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*, cit., p. 58.

### 7.3. Direitos conferidos aos companheiros homoafetivos

Sem o intuito de esgotar o tema, destacam-se as principais iniciativas e decisões que conferiram direitos no âmbito das relações homoafetivas.

#### 7.3.1. Direitos assegurados na Iniciativa Privada e Administração Pública

Além dos direitos assegurados pelo Poder Judiciário, a Iniciativa Privada e a Administração Pública, em decorrência de decisões judiciais com eficácia *erga omnes* e de pedidos formulados em sede administrativa, vem concedendo direitos e benefícios a parceiros homossexuais.

Em decorrência de decisão da Justiça Federal de São Paulo em sede de ação civil pública, a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados) expediu a Circular 257/2004<sup>171</sup> que: “regulamenta o direito do companheiro ou companheira homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro, na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais, como beneficiário do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não - Seguro DPVAT”.

O INSS – Instituto Nacional de Seguro Social – em decorrência de decisão judicial, expediu a Instrução Normativa 25/2000<sup>172</sup>, que trata da concessão de pensão por morte e auxílio reclusão ao companheiro ou companheira homossexual.

---

<sup>171</sup>Circular 257/2004, da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda, de 21.06.2004. Regulamenta o direito do companheiro ou companheira homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro, na condição de dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais, como beneficiário do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre, ou por sua Carga, a Pessoas Transportadas ou não - Seguro DPVAT. O Superintendente da Superintendência de Seguros Privados – Susep, em cumprimento à antecipação de tutela concedida pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo (Proc. 2003.61.00.026530-7), nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal em face da Susep e tendo em vista o disposto no Processo Susep 15414.004252/2003-74, resolve: art. 1º Tornar público que, por força de decisão judicial, o companheiro ou companheira homossexual fica equiparado ao companheiro ou companheira heterossexual na condição de dependente preferencial da mesma classe, com direito à percepção da indenização referente ao seguro DPVAT, em caso de morte do outro, aplicando-se o disposto no art. 4º, §1º, da Lei 6.194, de 19.12.1974, com redação determinada pela Lei 8441, de 13.07.1992. Art. 2º Esta Circular entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 21 de junho de 2004.

<sup>172</sup>Instrução Normativa 25/2000, do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, de 07.06.2000. Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. Fundamentação legal: Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0. A Diretoria Colegiada do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, em reunião

A CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional de São Paulo reviu o conceito de família e passou a conceder financiamento para aquisição de casa própria para os casais homossexuais.

O Conselho Nacional de Imigração, na Resolução Normativa 77/2008<sup>173</sup>, dispõe sobre as solicitações de visto temporário ou permanente, ou autorização de permanência para companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo.

---

extraordinária realizada no dia 07.06.2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do art. 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria 6.247, de 28.12.1999, e considerando a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0; considerando a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve: Art. Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual. Art. 2º A pensão por morte e o auxílio reclusão requeridos por companheiro e companheira homossexual reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/ DC, de 18.05.2000. Art. 3º A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos: I – declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como dependente; II – disposições testamentárias; III declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica); IV prova do mesmo domicílio; V – prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil; VI – procuração ou fiança reciprocamente outorgada; VII – conta bancária conjunta; VIII – registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado; IX – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados; X – apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária; XI – ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável; XII – escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente; XIII – quaisquer outros documentos que possam levar à condição do fato a comprovar. Art. 4º Para referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa – JA. Art. 5ª Diretoria de Benefícios e a Dataprev estabelecerão mecanismos de controle para procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa. Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 7 de junho de 2000.

<sup>173</sup>Resolução Normativa 77/2008, do Conselho Nacional de Imigração, 29.01.2008 Dispõe sobre critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo. O Conselho Nacional de Imigração, instituído pela Lei 6.815, de 19.08.1980 e organizado pela Lei 10.683, de 28.05.2003, no uso das atribuições que lhe confere o Dec. 840, de 22.06.1993, resolve: Art. 1º **Art.1º.** As solicitações de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência para companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa 27, de 25.11.1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa 36, de 28.09.1999, sobre reunião familiar. **Art.2º.** A comprovação da união estável poderá ser feita por um dos seguintes documentos: I - atestado de união estável emitida pelo órgão governamental do país de procedência do chamado; ou II – comprovação de união estável emitida por juízo competente no Brasil ou autoridade correspondente no exterior. **Art.3º.** Na ausência dos documentos a que se refere o art.2º. , a comprovação de união estável poderá ser feita mediante apresentação de: I – certidão ou documento similar emitido por autoridade de registro civil nacional, ou equivalente estrangeiro; II – declaração, sob as penas e lei, de duas pessoas que atestem a existência da união estável; e III – no mínimo, dois dos seguintes documentos: a) comprovação de dependência emitida por autoridade fiscal ou órgão correspondente à Receita Federal; b) certidão de casamento religioso; c) disposições testamentárias que comprovem o vínculo; d) apólice de seguro de vida na qual conste um dos interessados como instituidor do seguro e o outro como beneficiário; e) escritura de compra e venda, registrada no Registro de propriedade de Imóveis, em que constem os interessados como proprietários, ou contrato de locação de imóvel em que figurem como locatários; e f) conta bancária conjunta. **Parágrafo único.** Para efeito do disposto nas alíneas de b a f do inciso III deste artigo, será exigido o tempo de um ano. **Art.4º.** O chamante deverá apresentar ainda: I – requerimento contendo o histórico da união estável; II – escritura pública de compromisso de manutenção, subsistência e saída do

A Receita Federal aprovou parecer<sup>174</sup> que dá direito aos casais homossexuais de declarar o companheiro ou companheira como dependente no Imposto de Renda. Para ter o direito assegurado, é necessário que o casal tenha vida em comum por mais de cinco anos. Em caso de dúvida, a Receita pode notificar o contribuinte para comprovar a informação, que poderá ser feita por prova testemunhal. O parecer da Receita se originou do pedido de uma servidora pública para que sua companheira, isenta do imposto, fosse classificada como sua dependente. A cada dependente incluído, o contribuinte reduz a base de cálculo do tributo e pode ainda deduzir do imposto despesas médicas e de educação do dependente.

O Código Civil, art. 1725, admite a possibilidade de os conviventes regularem suas relações patrimoniais por meio de contrato escrito, ao qual se dá o nome de contrato de convivência. Haja vista essa possibilidade, os casais homoafetivos passaram a pleitear o mesmo direito de regular suas relações patrimoniais perante os tabeliões e oficiais do registro de títulos e documentos. Ocorre que, de início muita resistência houve, sob os argumentos de a ausência de lei reconhecendo a validade do objeto e o fato deste contrariar a moral e os bons costumes.

Neste contexto, a Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul incluiu parágrafo único ao art. 215 da Consolidação Normativa Notarial Registral do Rio Grande

---

território nacional, caso necessário, em favor do chamado, lavrada em cartório; III – comprovação de meios de subsistência do chamante ou do estrangeiro chamado, com fontes no Brasil ou no exterior, suficientes para a manutenção e subsistência de ambos, ou contrato de trabalho regular, ou ainda, de subsídios provenientes de bolsa de estudos, além de outros meios lícitos; IV – cópia autenticada do documento de identidade do chamante; V - cópia autenticada do passaporte do chamado, na íntegra; VI – atestado de bons antecedentes expedido pelo país de origem ou de residência habitual do chamado; VII – comprovante de pagamento da taxa individual de imigração; e VIII – declaração, sob as penas da lei, do estado civil do estrangeiro no país de origem. **Parágrafo único.** A critério da autoridade competente, o chamante poderá ser solicitado a apresentar outros documentos. Art. 5º. Os documentos emitidos no exterior deverão estar legalizados pela repartição consular brasileira no país e traduzidos por tradutor juramentado no Brasil. Art. 6º. Caso necessário, o Conselho Nacional de Imigração Solicitará ao Ministério da Justiça a realização de diligências. Art. 7º. No caso de visto permanente ou de autorização de permanência, o estrangeiro continuará vinculado à condição que permitiu sua concessão pelo prazo de dois anos, devendo tal condição constar em seu passaporte e Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE). § 1.º O portador do registro permanente vinculado previsto no caput poderá requerer permanência por prazo indeterminado mediante comprovação da continuidade da união estável. § 2.º Decorrido o prazo a que se refere o caput caberá ao Ministério da Justiça decidir quanto à permanência por prazo indeterminado do estrangeiro no País. § 3.º A apresentação do requerimento de que trata o § 1.º, após vencido o prazo previsto no caput, sujeitará o chamado à pena de multa prevista no inciso XVI do art. 125, da lei 6.815, de 1980, alterada pela Lei 6.964, de 09.12.1981. **Art.8º.** Esta Resolução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando aos processos já em tramitação. **Art.9º.** Fica revogada a Resolução Administrativa 5, de 03.12.2003. Paulo Sérgio de Almeida, Presidente do Conselho Nacional de Imigração.(DOU 27, 11.02.2008, Seção I, p. 81 )

<sup>174</sup>Parecer 1503/2010 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

do Sul, com o seguinte teor: “Art. 215, Parágrafo Único: As pessoas plenamente capazes, independente da identidade ou oposição de sexo, que vivam uma relação de fato duradoura, em comunhão afetiva, com ou sem compromisso patrimonial, poderão registrar documentos que digam respeito a tal relação. As pessoas que pretendam constituir uma união afetiva na forma anteriormente referida também poderão registrar os documentos que a isso digam respeito”.

Apesar de as normas atingirem aos serviços notariais e registrários apenas do Estado a que dizem respeito, oficiais de outros Estados, ante a iniciativa da Corregedoria Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, passaram a entender pela inexistência de vedação legal à lavratura de tal ato, se disponibilizando a fazê-lo.

O Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas aprovou recentemente o provimento nº 174/2010 que dispõe sobre a lavratura de escritura pública de declaração de união estável homoafetiva. Contudo, o citado provimento vai além de permitir expressamente a lavratura de escritura pública, afirmando em seu artigo 3º que a “união afetiva pode ser reconhecida como entidade familiar, servindo como prova de dependência econômica, constituída para efeitos administrativos de interesse comum perante a Previdência Social, Entidades Públicas e Privadas, Companhias de Seguro, Instituições Financeiras e Creditícias e outras similares”.

### **7.3.2. Poder Judiciário**

A questão do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelos Tribunais é controvertida. Inicialmente, era reconhecida apenas a sociedade de fato entre companheiros do mesmo sexo, desde que comprovado o esforço comum. A fim de se evitar o enriquecimento sem causa, invoca-se o direito das obrigações, “o que acaba subtraindo a possibilidade de concessão do extenso leque de direitos que existe na esfera do direito das famílias e sucessões”<sup>175</sup>.

Atenta Maria Berenice Dias para o fato de que tal solução não é novidade, já que antes de se considerar a união estável entre homem e mulher entidade familiar, nos

---

<sup>175</sup>DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*, cit., p. 166.

primórdios das discussões relativas à tutela jurídica da união estável, a mesma solução foi trazida à baila, tendo inclusive o STF editado a Súmula 380: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

E esta foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial 148897/MG, 4ª Turma, julgado em 10 de fevereiro de 1998, cujo relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

“Sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do CC (1916). Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com Aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com Aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do CC (1916). Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte provido (STJ, REsp 148897/MG, 4ª T., j. 10.02.1998, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar).

Alerta Maria Alice Lotufo para o fato de que “naqueles anos ainda não era comum os tribunais reconhecerem, naquela relação que lhes parecia estranha, uma sociedade de fato”<sup>176</sup>. Nestes termos, a decisão foi recebida com euforia pelas comunidades homossexuais.

Entretanto, a solução aplicada acabou por insatisfatória. Esclarece o panorama que se formou Maria Alice Lotufo:

“As primeiras reivindicações feitas aos juízes e tribunais foram com objetivo essencialmente patrimonial, ou seja, divisão de patrimônio adquirido durante a convivência ou direito à herança, na hipótese do falecimento do parceiro ou parceira. Eram, e ainda são, situações conflituosas, porque na separação um dos parceiros pode sair lesado quando, muito embora tenha contribuído para a formação do patrimônio, todo ele está em nome do outro que pode não querer dividi-lo. A mesma situação se apresentava quando um deles morria. Na maioria das vezes a

---

<sup>176</sup> LOTUFO, Maria Alice de. *Aplicabilidade das normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*, cit., p. 60.

família do que morreu se negava a repartir os bens obtidos durante a convivência pelo esforço comum”<sup>177</sup>.

O entendimento que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são um novo modelo de família a reclamar por proteção, floresceu na doutrina e levou a uma mudança de posição do Poder Judiciário, em especial, no Rio Grande do Sul.

Em 1999, a justiça gaúcha foi pioneira ao fixar a competência da vara de família para julgar ações advindas de relações homossexuais<sup>178</sup>. Atualmente, decisões dos Tribunais de Santa Catarina<sup>179</sup>, Paraná<sup>180</sup>, Rio de Janeiro<sup>181</sup> e São Paulo, entenderam que a competência é da vara da família, mas o assunto ainda não é pacífico.

<sup>177</sup> LOTUFO, Maria Alice de. *Aplicabilidade das normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*, cit., p. 61.

<sup>178</sup> Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (TJRS, AI 599.075.496, 8ª Câm. Cív., j. 17.06.1999, rel. Des Breno Moreira Mussi).

<sup>179</sup> Conflito negativo de competência. Ação nominada de sociedade de fato. Irrelevância. Fundamento da pretensão centrado na união homoafetiva. Pleito de meaço. Entidade familiar. Relação fundada na afetividade. Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Possível analogia com a união estável. Competência da Vara da Família. Acolhimento do conflito (TJSC, CC 2008.030289-8, 3ª Câm. Cív., j. 20.10.2008, rel. Des. Henry Petry Junior).

<sup>180</sup> Conflito negativo de competência. Ação cautelar inominada. União homoafetiva. Conflito negativo de competência entre Juízo da Vara de Família e da Vara Cível. Improcedência. Compete ao Juízo da Vara de Família processar e julgar ação decorrente de relação homoafetiva. Precedentes deste Tribunal. Conflito improcedente (TJPR, CC 0523449-5, 6ª Câm. Cív., j. 14.10.2008, rel. Des. Luiz Cezar Nicolau).

<sup>181</sup> Relação **homoafetiva**. Ação de alimentos. Competência. Vara de família. Analogia com a **união** estável. Impossibilidade. 1. As ações de alimentos cuja causa de pedir seja a relação **homoafetiva**, pretendendo equiparação por analogia com a **união** estável entre um homem e uma mulher, devem ser analisadas pelo juízo de família, considerando que não se está discutindo sociedade de fato. 2. No mérito, a equiparação da relação **homoafetiva** com a instituição da família não se mostra admissível enquanto o texto constitucional, bem como o direito infraconstitucional (art. 1.723 do C. Civil), referirem expressamente que a entidade familiar é formada por um homem e uma mulher. 3. A única semelhança que de princípio se pode apontar da relação homossexual com a família nascida do relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, é o afeto. Mas o afeto, ainda que seja reconhecido pela doutrina moderna do direito de família como o elemento mais importante da relação familiar, ainda não é fonte por si só de obrigações. 4. Ainda assim, se a relação chegou ao fim, e portanto não há mais afeto, é impossível julgar a ação reconhecendo obrigação alimentar cuja fonte seria exatamente o afeto, inexistente a esta altura. Quando se desfaz um vínculo afetivo que resultou em família reconhecida pela ordem jurídica, como a decorrente do casamento ou da **união** estável, o que gera a continuidade do devedor de solidariedade é o vínculo jurídico, inexistente na relação **homoafetiva**. 5. Portanto, ainda que a relação entre as partes tenha se formado com base na liberdade e no afeto, hoje estão elas desavindas, sendo certo que não pode existir vínculo obrigacional sem fonte, que se resumem, na lição de Caio Mário, a duas: a vontade e a lei. (TJRJ, AC 2007.001.04634, Julgamento: 24/04/2007, 16ª CAMARA CIVEL, DES. MARCOS ALCINO A TORRES. Direito processual civil. Conflito de competência. Demanda de reconhecimento de **união homoafetiva**. Competência do juízo de família. Aplicação analógica das regras da **união** estável. Artigo 4º da LICC e artigo 85, I, g, CODJERJ. Conflito julgado improcedente. (TJRJ, 0009734-24.2010.8.19.0000, j. 28.04.2010, 2ª Câm. Cív, rel. Des. Alexandre Câmara.

“Indeferimento da inicial. Reconhecimento de união estável homoafetiva. Pedido juridicamente possível. Vara de Família. Competência. Sentença de extinção afastada. Recurso provido para determinar o prosseguimento do feito (TJSP, AC 552574-4, 8ª Câ. Dir. Priv., j. 12.03.2008, rel. Des. Caetano Lagrasta).”

O referido acórdão leva a outra questão, qual seja a de extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de uma das chamadas condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido (arts. 267 e 295 CPC). Ocorre que, a inexistência de previsão legal não autoriza tal conclusão, o que se pode depreender do art. 126 do CPC: “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 do direito” e art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. Entendimento pacífico na doutrina processualista.

No Rio Grande do Sul, desde 2001, o Tribunal de Justiça vem entendendo pela possibilidade jurídica do pedido e, no acórdão cuja ementa segue, vai além, reconhecendo a união estável entre homossexuais.

“Homossexuais. União estável. Possibilidade jurídica do pedido. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante princípios fundamentais esculpido na Constituição Federal que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida. (TJRS, AC 598.362.655, j. 14.03.2001, 8ª Câ. Cív., rel. Des. José S. Trindade).

Em 2006, a Juíza de Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude de Catanduva-SP, Dra. Sueli Juarez Alonso, deferiu a adoção de uma menina de 5 anos a dois homens, que viviam em união estável há 14 anos.

Neste mesmo sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa segue:

“Adoção – Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo – Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de bases científicas, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que laudo especializado comprova saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento. Unânime (TJRS, 7ª C. Cív. AC70013801592, rel. Dês. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.05.2006)”.

Em julgamento ocorrido em 13 de agosto de 2010, por quatro votos a três, o 4º grupo Cível do TJ/RS confirmou a habilitação em cadastro de adoção de um casal de mulheres<sup>182</sup>. Para a maioria dos magistrados deve ser reconhecida a união estável entre as duas mulheres e, portanto, o direito a que se habilitem à adoção como casal.

No que tange aos Tribunais Superiores, destacamos algumas decisões importantes no sentido de viabilizar o entendimento de serem as uniões homoafetivas merecedoras de proteção e acolhimento por parte do direito de família.

Em 2004, o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inelegibilidade da companheira da prefeita de uma cidade do Estado do Pará, haja vista a mesma não ter se licenciado seis meses antes da eleição<sup>183</sup>.

A 3ª Turma do STJ julgou a favor da possibilidade de inclusão do parceiro homoafetivo em plano de assistência médica. Eis a ementa do acórdão:

---

<sup>182</sup>Proc n° 70034811810. O casal de mulheres a fim de habilitar-se conjuntamente para adoção ajuizou ação na Comarca de Santa Cruz-RS, mas a sentença foi desfavorável, permitindo que apenas uma delas integrasse o cadastro de adotantes. Houve recurso para o Tribunal. A 8ª Câmara Cível reconheceu a relação homoafetiva como entidade familiar, e dessa forma, concedeu ao casal o direito à adoção conjunta. Da decisão foram interpostos Embargos Infringentes, e o caso foi a julgamento no 4º Grupo Cível, que confirmou a decisão da Câmara.

<sup>183</sup>Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. Art. 14, § 7º da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CF. Recurso a que se dá provimento (TSE, REsp Eleitoral 24.564, j. 01.10.2004, rel. Min. Gilmar Mendes).

“União homoafetiva. Inscrição de parceiro em plano de assistência médica. Possibilidade. Divergência jurisprudencial não configurada. A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana” (STJ, Resp 238.715/RS, 3ª Turma, julgamento 07.03.2003, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros).

Recentemente, o STJ admitiu a possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Na decisão da 4ª Turma ficou estabelecido que não existe vedação legal para que se prossiga o julgamento do pedido de declaração de união homoafetiva ajuizado por casal homossexual na Justiça Estadual do Rio de Janeiro.

“(…)2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.  
3. Apesar da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.  
4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.  
5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.  
6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.  
5. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ, REsp 820475/RJ, 4ª Turma, DJ de 11/05/2009, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Em decisão mais recente, o STJ confere o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

“(…)Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos(…)”

(REsp 1.026.981/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJ de 23/02/2010).

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu em 27 de abril de 2010 decisão inovadora para o direito de família. Por unanimidade, os ministros negaram recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul e mantiveram a decisão que permitiu a adoção de duas crianças por um casal de mulheres. Entendendo que tal solução atenderia ao Princípio do Melhor Interesse do Menor.

Uma das mulheres já havia adotado as duas crianças ainda bebês. Sua companheira, com quem vive desde 1998 e que ajuda no sustento e educação dos menores, queria adotá-los por ter melhor condição social e financeira, o que traria mais garantias e benefícios às crianças, como plano de saúde e pensão em caso de separação ou falecimento. A adoção foi deferida em primeira e segunda instâncias. O tribunal gaúcho, por unanimidade, reconheceu a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo e a possibilidade de adoção para constituir família.

Em seu voto o Ministro Luis Felipe Salomão decide:

“(…)vale recordar que, segundo penso, não existe proibição para o reconhecimento de qualquer união, desde que preenchidos os requisitos legais.

Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam,

convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres.

O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (Lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

A matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada<sup>184</sup>.

E continua:

“De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores”<sup>185</sup>

Em 2006, o Ministro Celso de Mello ao extinguir ação direta de inconstitucionalidade<sup>186</sup> em relação à lei 9278/1996 que regulava a união estável, por esta não abarcar as uniões homoafetivas, apontou que o caminho a perseguir seria o da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Em 2007, o Governador do Estado do Rio de Janeiro propôs ADPF, pedindo que seja aplicado o regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do estado.

As decisões judiciais referidas demonstram uma mudança de paradigma por parte de juízes e tribunais, que frente a realidade latente das relações homoafetivas passam a

<sup>184</sup>Recurso Especial nº 889.852/RS. Voto não publicado.

<sup>185</sup>Id. Ibid.

<sup>186</sup>União estável entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Pretendida qualificação de tais uniões como entidades familiares. Doutrina. Alegada inconstitucionalidade do art. 1º da lei 9.278/96. Norma legal derogada pela superveniência do art. 1723 do novo código civil (2002), que não foi objeto de impugnação nesta sede de controle abstrato. Inviabilidade, por tal razão, da ação direta. Impossibilidade jurídica, de outro lado, de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias (art.226, parágrafo 3º, no caso). Doutrina. Jurisprudência (STF). Necessidade, contudo, de se discutir o tema das uniões estáveis homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar: matéria a ser veiculada em sede de ADPF.

enfrentar o tema ignorado pelo legislador, conferindo-lhes o que é de direito. Assim, reconhecem as relações homoafetivas como entidades familiares, com base nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana, e no caso do deferimento do direito à adoção, com base também no princípio do melhor interesse do menor.

## **8. PROJETOS DE LEI E EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

### **8.1. Projeto Marta Suplicy**

O projeto de Lei nº. 1.151/95 de autoria deputada Marta Suplicy foi apresentado em 26 de outubro de 1995, com o intuito disciplinar a união entre pessoas do mesmo sexo, possibilitando a criação de uma parceria civil entre elas a ser registrada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais.

Já em trâmite na Câmara dos Deputados, em 26 de novembro de 1996, o deputado Roberto Jefferson, apesar de ser favorável quanto à constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do projeto, apresentou quanto ao mérito, substitutivo.

O substitutivo trouxe alterações: substituiu a expressão união civil por parceria civil registrada; inseriu no art. 3º, o § 2º que veda quaisquer disposições no contrato de parceria sobre adoção, tutela ou guarda conjunta de crianças e adolescentes; inseriu no art. 4º, o inc. III que trata da extinção da parceria registrado de forma consensual, com homologação do juiz, apesar do previsto no art. 5º, parágrafo único, que foi mantido; foi incluído o art. 16 que cuida dos direitos relativos à composição de renda para aquisição de casa própria, planos de saúde e seguro de grupo; e também foi incluído o art. 17 que trata da inscrição do parceiro como dependente para efeitos de legislação tributária.

Desta forma, nos termos do projeto de lei, os interessados devem apresentar ao Oficial do Registro Civil: prova de serem solteiros, viúvos ou divorciados; prova da capacidade civil plena e instrumento público de contrato de parceria civil a ser lavrado no Cartório de Notas.

Nos termos do art. 3º do Projeto de Lei, o contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado, versará sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Outros pontos importantes da lei dizem respeito à extinção da união civil que somente se dará por morte, decretação judicial, ou consensualmente, com homologação

judicial, o que lembra as formas de extinção do casamento. E, além disso, o fato de que a parceria civil criaria nova causa de impedimento para o casamento (os companheiros não poderiam alterar seu estado civil durante o contrato de parceria) e o estado civil de companheiro.

Interessante comentário sobre o assunto tece Álvaro Villaça Azevedo:

“Esse § 3º é de extremo rigor, porque corrobora que o pretendido registro, em livro próprio, no Cartório de Registro Civil, mencionado no caput do artigo, não é só para valer contra terceiros, mas cria, perigosamente, um novo estado civil, que não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria civil registrada. Esse estado civil nem os conviventes possuem, na união estável, que é reconhecida constitucionalmente como forma de constituição de família.

Vê-se, claramente, que, existindo constituição desse estado civil de parceiro ou de parceria, sua desconstituição judicial pode levar muito tempo, sobrecarregando o Poder Judiciário de ações e processos dessa ordem. Mesmo em caso de morte do parceiro, deverá existir processo judicial para que, seguramente, constate-se esse fato, para que possa ser, por decisão do juiz, desconstituído o estado civil, no competente Registro”<sup>187</sup>

Críticas feitas ao Projeto de Lei questionam sua constitucionalidade. Como o faz Maria Helena Diniz: “A parceria civil registrada seria um passo para admitir o casamento de gays. Como poderia ser possível isso diante da CF/88?”<sup>188</sup>. Outro ponto que sofre críticas diz respeito ao fato da parceria em muito se parecer com o casamento, não se estaria permitindo o casamento com outro nome?

Maria Berenice Dias<sup>189</sup> tem opinião bastante diferente sobre o assunto e que deve ser estudada como a devida parcimônia. Para ela a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – que trata da violência doméstica, cunhou um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros. O novo conceito legal de família, segundo a citada professora, inseriria no sistema jurídico as uniões homoafetivas.

Compartilhando da mesma opinião, Roberto Lorea, citado pela professora supra referida, afirma que foi, com a citada Lei, derrubada a última barreira – meramente formal,

<sup>187</sup>AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 478.

<sup>188</sup>DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 371.

<sup>189</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 191.

para a democratização do acesso ao casamento. Segundo o autor, o art. 1511 do CC ao dizer “entre cônjuges” deixa de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento<sup>190</sup>.

Ainda segundo Maria Berenice Dias:

“Em face da normatização levada a feito, restam completamente esvaziados todos os projetos de lei em tramitação e que visam a regulamentar a união civil ou parceria civil registrada. Esses projetos perderam o objeto, uma vez que há lei conceituando entidade familiar, não importando a orientação sexual de seus partícipes”<sup>191</sup>.

Maria Alice Lotufo, por sua vez, atenta para a importância da iniciativa legislativa: “A importância desse projeto é de ter sido o pioneiro a conferir liberdade ao casal homossexual, de se unir através de um documento escrito, específico, lavrado em Cartório, que ao ser levado ao Registro Civil irá conferir-lhe respeitabilidade”<sup>192</sup>.

Por fim, destaca-se que o projeto de lei atribui ao bem próprio e comum dos parceiros o benefício da impenhorabilidade, nos termos da Lei nº 8.009/1990 e garante ao parceiro sobrevivente, direito sucessório.

Em 31 de maio de 2001 o referido projeto foi retirado de pauta. E em 14 de agosto de 2007, o deputado Celso Russomano encaminhou requerimento ao Plenário da Câmara dos Deputados a fim de que o projeto de lei 1151/95 fosse incluído na ordem do dia.

## **8.2. Projeto de Lei 5252/2001**

O Projeto de Lei 5252, de 29 de agosto de 2001, foi apresentado pelo deputado Roberto Jefferson, a fim de criar e disciplinar o Pacto Civil de Solidariedade entre as pessoas de mesmo sexo ou não.

---

<sup>190</sup>DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 191

<sup>191</sup>Id., loc. cit.

<sup>192</sup>LOTUFO, Maria Alice de. *Aplicabilidade das normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*, cit., p. 42.

A semelhança do projeto 1151/1995, já que foi elaborado quando das discussões sobre este, o projeto 5252/2001 estabelece que o pacto civil de solidariedade deverá ser elaborado perante o Tabelionato de Notas e registrado no Cartório de Registro Civil mediante: prova de serem solteiros, viúvos, separados ou divorciados; prova de capacidade civil e apresentação do instrumento público do pacto de solidariedade.

Além disso, o estado civil dos pactuantes não poderá ser modificado na vigência do pacto de solidariedade (art. 2º, § 2º) e, assim como o substitutivo apresentado pelo deputado Roberto Jefferson ao projeto de lei 1151/1995, o projeto 5252/2001 proíbe disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças e adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos pactuantes (art. 3º, § 2º).

Quanto aos direitos sucessórios, esses são garantidos ao pactuante sobrevivente, ao lado dos direitos previdenciários.

### **8.3. Proposta de Emenda Constitucional nº 70/2003**

O Senador Sérgio Cabral, em 2 de setembro de 2003, apresentou proposta de emenda constitucional com o intuito de modificar o art. 226, §3º da CF que passaria a vigorar com a seguinte redação: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento quando existente entre o homem e a mulher”.

Atualmente, a proposta de emenda encontra-se arquivada.

### **8.4. O “Estatuto das Famílias”**

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, atento às transformações sociais e aos novos arranjos familiares que se formaram, elaborou o Projeto de Lei 2285/2007, denominado “Estatuto das Famílias”. Tal empreitada teve o apoio dos mais de 4000 associados da entidade, bem como, de juristas, professores e estudiosos do Direito de Família em todo Brasil, ficando sua sistematização a cargo de nomes como: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luiz Edson Fachin, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lobo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Rosana Fachin.

O projeto em questão vai além de reformar o Código Civil e propõe o desmembramento do Direito de Família do Código Civil, criando um estatuto autônomo com normas materiais e processuais, com o intuito de adequar as leis de família à sociedade contemporânea.

E assim, reconhece as uniões homoafetivas como entidades familiares, mandando que a elas se apliquem as regras concernentes à união estável, conforme art. 68 *caput, in verbis*: “É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável”. E ainda, destaca alguns dos direitos a serem conferidos aos parceiros, livrando-os de quaisquer discussões, art. 68, parágrafo único *in verbis*: “.Dentre os direitos assegurados, incluem-se: I – guarda e convivência com os filhos; II – a adoção de filhos; III – direito previdenciário; IV – direito à herança”.

Pode-se apreender das “Justificativas” do Estatuto que para este o art. 226 da Constituição Federal de 1988 é norma de inclusão, abrigando os diversos arranjos familiares da sociedade, inclusive as uniões homoafetivas. E negar-lhes tratamento como entidade familiar é ferir o Princípio da Dignidade Humana (art. 1º, III da CF).

Em 12 de maio de 2010, foi realizada audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados a respeito do projeto lei em questão. As discussões giraram em torno, principalmente, dos direitos conferidos aos companheiros homoafetivos. De um lado ficaram os que defendem as idéias do IBDFAM e de outro os movimentos religiosos, contrários ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Ocorre que, as disposições sobre direitos conferidos a relacionamentos homoafetivos foram retiradas do projeto de lei durante a sua tramitação na Comissão de Seguridade Social e Família. O substitutivo do Estatuto aprovado pela CSSF alterou o texto original.

## 9. DIREITO COMPARADO

No final dos anos 80 e na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada.

Em 1989, a Dinamarca foi o primeiro país a permitir o registro da união civil de casais homossexuais, conferindo-lhes os mesmos direitos dos parceiros heterossexuais. A Noruega, em 1993, e a Suécia, em 1994, seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Em 1996, Islândia, Hungria e Groenlândia aprovaram legislação que confere às uniões homossexuais os mesmos direitos atribuídos aos cônjuges no casamento. Vale ressaltar que a Noruega em 2009 aprovou o casamento entre homossexuais.

Na Holanda, a união civil existe desde 1998, entretanto, a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos que não querem ou não podem se casar. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, com conseqüências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual. A Bélgica seguiu o mesmo caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A França em 1999, mediante alteração de seu Código Civil, criou o Pacto Civil de Solidariedade (PACS), possibilitando que pessoas de mesmo sexo ou de sexo diferente pactuem contrato com o intuito de organizarem suas vidas em comum. Trata-se de declaração conjunta a ser registrada em cartório, cuja declaração patrimonial é livre. Também foi abordada a questão do concubinato, que foi definido como união de fato, caracterizada pela vida em comum estável e contínua entre pessoas de sexo igual ou diferente.

Em 2001, a Finlândia reconheceu, legalmente, a parceria homossexual, cujo registro é permitido aos maiores de 18 anos, sem contudo conferir-lhes o direito à adoção e troca de sobrenomes. Já a Inglaterra, permitiu a parceria de casais homossexuais, sem equiparação com o casamento. No mesmo ano, Portugal (decreto nº 56/VIII) aprovou

legislação protetiva às uniões de fato, entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, que vivem em união de fato a mais de dois anos. São garantidos direitos previdenciários, sucessórios, dentre outros, mas fica excluída a possibilidade de adoção para casais homossexuais.

Em 17 de maio de 2010, o presidente de Portugal, Aníbal Cavaco Silva anunciou a promulgação da lei do casamento homossexual. A lei aprovada modifica o Código Civil e encontra guarida nos artigos 13º e 36º da Constituição Portuguesa, a saber: artigo 13º “(Princípio da igualdade) 1 — Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2 — Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual”<sup>193</sup> e artigo 36º “(Família, casamento e filiação) 1 — Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2 — A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração”.

Apesar do artigo 36º, nº 1, reconhecer a todos em condições de plena igualdade o direito de contrair casamento, este estava subordinado a limites e a requisitos, conforme previsão do nº 2 do mesmo artigo. Os artigos 1577º<sup>194</sup> e 1591º<sup>195</sup> do Código Civil Português exigiam a diversidade de sexos para o casamento. E o artigo 1628º<sup>196</sup> elencava o casamento entre pessoas do mesmo sexo entre as causas de inexistência jurídica. No entanto, dada a remissão constante do nº 2 do artigo 36º, da estipulação desses requisitos para lei ordinária, nada obstava nem impedia o legislador de atribuir efeitos jurídicos idênticos aos do casamento às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>193</sup>A proibição de discriminação baseada na orientação sexual foi acrescentada ao artigo 13º da Constituição pela revisão constitucional de 2004, com vista a proibir as discriminações com base na homossexualidade.

<sup>194</sup>Artigo 1577º (Noção de casamento) Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

<sup>195</sup>Artigo 1591º (Ineficácia da promessa) O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas de sexo diferente se comprometem a contrair matrimônio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indenizações que não sejam as previstas no artigo 1594º, mesmo quando resultantes de cláusula penal.

<sup>196</sup>Artigo 1628º(Casamentos inexistentes) É juridicamente inexistente: e) O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo.

Sendo assim, a Lei n.º 9/2010 passou a permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, alterando os artigos 1577º e 1591º do Código Civil que passaram a ter a seguinte redação: artigo 1577º “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código” e artigo 1591º “O contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimônio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indenizações que não sejam as previstas no artigo 1594º, mesmo quando resultantes de cláusula penal”. Além disso, a alínea e do artigo 1628º foi revogada.

Apesar da grande inovação legislativa, a adoção entre pessoas do mesmo sexo ficou proibida, nos termos do art. 3º da citada lei: “As alterações introduzidas pela presente lei não implicam a admissibilidade legal da adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo. 2 — Nenhuma disposição legal em matéria de adoção pode ser interpretada em sentido contrário ao disposto no número anterior”.

Na Alemanha, em 2001, entrou em vigor a lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato. E em 1º de janeiro de 2005 entrou em vigor a nova lei de parceria registrada, que aproximou o instituto, do casamento.

O caso alemão é interessante, uma vez que na Alemanha, até 1969, a relação entre homens era considerada indecente, sendo punida com detenção. As Professoras Nina Dethloff e Kathrin Kroll-Ludwigs<sup>197</sup>, da Universidade de Bonn, Alemanha esclarecem o desenrolar dos fatos, até o ponto de aprovação da legislação em vigor:

“Depois que o Tribunal Constitucional Federal negou aos casais do mesmo sexo acesso ao casamento em 1993, o legislador foi cada vez mais solicitado a fornecer aos casais do mesmo sexo um sistema legal para o relacionamento deles.

Após calorosas discussões o Parlamento Alemão (*Bundestag*) decidiu apresentar a Lei de Parceria Registrada de 2001 (*L.Part.G*), que entrou em vigor em 1º de agosto de 2001. Esta lei rege o estabelecimento, os efeitos legais e a dissolução da parceria registrada. (...)Estabelecendo uma nova forma de parceria

---

<sup>197</sup>DETHLOFF, Nina; KROLL-LUDWIGS, Kathrin. A Lei e Parceria registrada de 2001 e suas reformas no direito alemão. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 12, p. 80-81, out./nov. 2009.

registrada para casais do mesmo sexo o legislador tentou evitar qualquer semelhança legal com o casamento, como protegido sob o art. 6º, § 1º, da Constituição alemã (*Grundgesetz – GG*). No entanto, três governos estaduais protocolaram uma ação, antes do Tribunal Constitucional Federal, reivindicando que a *LPartG* fosse inconstitucional. O Tribunal, no julgamento de 2002, sustentou que a criação de regras para casais do mesmo sexo, que são equivalentes àsquelas do casamento, não violam o art. 6º, § 1º da *GG*, oferecendo uma proteção especial ao casamento. Isso assegura que nem a liberdade constitucionalmente protegida do direito de casar, nem a garantia do casamento propriamente definida como uma união vitalícia entre homem e mulher era violada. Mais importante, o Tribunal não encontrou nenhuma violação da proteção constitucionalmente exigida do casamento contra qualquer efeito adverso. A Constituição não barra o legislador de criar um instrumento legal com o mesmo ou similar efeito legal do casamento, se exclusivamente projetado para casais do mesmo sexo e, portanto, não competindo com o casamento. O próprio casamento pode ainda ser mantido e protegido ainda que direitos e obrigações comparáveis estejam ligadas a alternativa de forma de viver não aberta a casais de sexos diferentes. Consequentemente o Tribunal manteve a lei. Influenciado pela regras do Tribunal o legislador alemão passou a revisar a versão da *LPartG* em 2004. A nova lei entrou em vigor em 1º de janeiro de 2005. A *LpartG* revisada aproximou a parceria registrada e o casamento”

Na última década, leis concedendo direitos aos casais homossexuais foram aprovadas na Itália, Luxemburgo, Austrália, Andorra e Eslovênia (2004); na Nova Zelândia (2005); na República Tcheca (2006) e na Suíça (2007).

A Espanha em 2005, mediante modificações na lei civil, aprovou o casamento e o direito à adoção por homossexuais.

A tendência de reconhecimento das relações homoafetivas não é um movimento isolado de alguns países europeus, mas da União Européia como um todo. A Resolução do Parlamento Europeu de 8 de fevereiro de 1994, menciona o dever de respeito ao princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independentemente, de orientação sexual, recomendando a paridade de direitos para os pares homossexuais. Nessa mesma esteira vieram as resoluções de 17 de setembro de 1996, 8 de abril de 1997, 17 de fevereiro de 1998 e 16 de março de 2000.

Nas Américas, destacam-se o Canadá, Estados Unidos e Argentina.

O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo desde 2005, assegurando-lhes, inclusive, o direito à adoção. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte quanto à sua constitucionalidade. O Tribunal Superior além de considerar a lei constitucional, entendeu que a mesma estava em consonância com o princípio da igualdade.

Nos Estados Unidos, alguns Estados reconhecem direitos às uniões homossexuais: o Hawaii (1997), a Califórnia e Vermont (1999), o Maine (2004), Connecticut (2005), New Jersey (2007), Washington (2007), New Hampshire (2008), Oregon (2008), Califórnia (2008). Atualmente os estados de Massachussets (2004), de Connecticut (2008) admitem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e no Estado da Califórnia a questão está em discussão.

Na Argentina, a legislação da cidade autônoma de Buenos Aires - lei municipal 1004/02 - reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. A referida lei tratou da união civil entre pessoas, independente do sexo ou da orientação sexual, obedecidos certos requisitos<sup>198</sup>. Segundo a referida lei os integrantes destas uniões terão tratamento semelhante ao dado aos cônjuges no casamento<sup>199</sup>. Entretanto, alerta Maria Alice Lotufo, para o fato de que “a lei não contempla o direito de adotar filhos e nem de herdar reciprocamente, uma vez que isso contraria a legislação nacional”<sup>200</sup>.

Em 21 de julho de 2010, a presidente da Argentina, Cristina Kirchner, promulgou lei que aprova o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A lei 26.618/2010 modifica o Código Civil para permitir não só o casamento, mas também a adoção<sup>201</sup> entre casais do

---

<sup>198</sup>Ley n° 1004/2002: “Artículo 1° Unión Civil: A los efectos de esta Ley, se entiende por Unión Civil:

- a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual.
- b) Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por um período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia em común.
- c) Los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción.
- d) Inscribir la unión em el Registro Público de União Civiles.

<sup>199</sup>Ley n°1004/2002: “Artículo 4° - Derechos: Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán um tratamiento similiar al de los cônjuges.

<sup>200</sup>LOTUFO, Maria Alice de. *Aplicabilidade das normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*, cit., p. 31.

<sup>201</sup>Artigo 326 do Código Civil Argentino: “El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En caso que los cónyuges sean de un mismo sexo, a

mesmo sexo. O artigo 172 do Código Civil Argentino passa a vigorar com a seguinte redação:

“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.

O fato de outros países atribuírem efeitos às uniões entre casais do mesmo sexo faz surgir várias questões de direito privado internacional. No caso recente de Portugal que aprovou o casamento entre homossexuais emerge a questão da possibilidade de o casamento ocorrer entre uma pessoa portuguesa e uma brasileira de mesmo sexo.

Reza o artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil que: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”. Nestes termos, pela lei brasileira, desde que domiciliados em Portugal, o brasileiro e o português podem se casar. Além disso, nos termos do art. 7º, § 2º “O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes”, desta forma o brasileiro e o português também podem se casar no Consulado de Portugal no Brasil. Outra questão interessante é a possibilidade do casamento de dois brasileiros de mesmo sexo em Portugal. À luz da legislação brasileira não há nada que os impeça, haja vista o teor do citado art. 7º, § 2º, da LICC.

Quanto à legislação portuguesa que permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, esta não faz referência à possibilidade de celebração de casamento entre nubente português e nubente estrangeiro ou entre nubentes estrangeiros, cuja lei de seu país não permite este tipo de casamento. Dessa forma o Instituto dos Registos e Notariado (IRN)

---

pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente. En uno y otro caso podrá el adoptado después de los DIECIOCHO (18) años solicitar esta adición. Todos los hijos deben llevar el apellido y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos. Si el o la adoptante fuese viuda o viudo y su cónyuge no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido del primero, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el del cónyuge premuerto”.

proferiu despacho determinando às Conservatórias do Registro Civil de Portugal que procedam à celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo ainda que ambos os nubentes ou um deles seja nacional de um Estado que não admita esse tipo de casamento, por respeito a princípios fundamentais da ordem internacional do Estado português<sup>202</sup>.

No entanto, quanto à produção de efeitos desses casamentos no Brasil a situação é mais complicada, haja em vista estar o instituto do casamento adstrito a casais heterossexuais, em que pese opiniões em contrário<sup>203</sup>. Desta forma, a princípio os casamentos homossexuais entre nubentes brasileiros em Portugal ou entre um brasileiro e um português não produzem efeitos no Brasil, em razão da falta de previsão legal.

---

<sup>202</sup>ESTRANGEIROS gay podem casar-se em Portugal. Disponível em: <[http://dn.sapo.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1621896](http://dn.sapo.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1621896)>.

<sup>203</sup>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. (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*, v. 16, jun./jul. 2010).

## 10. CONCLUSÃO

O presente estudo analisou o instituto da família em suas várias configurações na história dos povos e nas leis. Observou-se que as antigas formações familiares com base no casamento já não contemplam mais os anseios sociais. Novos modelos familiares se formaram e reclamam regulamentação.

Segundo Engels, no momento inicial da humanidade anterior à vida em sociedade prevaleciam a liberdade total e o instinto animal da espécie. Contudo, o homem pensando começa a enxergar o universo ao seu redor através de suas experiências, passa a viver em sociedade e produz cultura. Esta, por sua vez, interfere na natureza organizando e preservando os grupos familiares.

No desenvolver das relações familiares e sociais, conforme demonstrou Jacques Lacan, a família passa a constituir uma estrutura psíquica, onde cada um de seus membros ocupa uma função, um lugar, sendo assim um grupo cultural.

A família brasileira sofreu grande influência do direito romano, canônico e germânico. Em Roma, a família era o grupo essencial para a perpetuação do culto familiar, o laço que os unia era a religião e o poder do *pater* era absoluto. O Direito canônico teve grande participação na estruturação jurídica do grupo familiar, uma vez que instituiu o casamento eclesiástico entre os cristãos, transformando-o em sacramento e em vínculo indissolúvel. No Direito germânico, a família era do tipo paternal e o casamento era realizado por um juiz que representava a sociedade, apontando para a origem do casamento civil.

Considerando-se a posição da família no que tange às Constituições Brasileiras, observa-se um crescente interesse do legislador constitucional pelo instituto, desembocando na chamada constitucionalização do direito civil. A Constituição de 1988 incorpora a idéia da família como base da sociedade, merecedora de proteção do Estado. E assim, passa a proteger, além do casamento, outras formas de entidades familiares como a união estável e a família monoparental; prevê a isonomia entre o casal; aceita o

planejamento familiar; admite o divórcio; coloca os filhos em situação de igualdade e dá ampla proteção à criança e ao adolescente.

O Código Civil de 2002 seguiu a tendência da Carta de 1988 e procurou incorporar as mudanças legislativas e constitucionais ocorridas no direito de família, mas não respondeu a todos os anseios da sociedade.

A família transforma-se em instituição essencial para o desenvolvimento dos valores morais, afetivos e de assistência recíproca entre os seus membros. O elemento diferenciador das relações familiares é a afetividade.

A evolução social imprime feição atual à família e novas configurações familiares surgem. A família pluralizou-se e adquiriu função instrumental. A essa nova concepção de família dá-se o nome de famílias plurais.

Neste contexto se inserem as uniões homoafetivas, ou seja, união entre pessoas do mesmo sexo, as quais com os mesmos objetivos dos grupos formados pelo casamento e uniões estáveis, pretendem formar família, cujo interesse primordial é a realização pessoal de seus membros com base em laços afetivos.

Considerando o fato de que nem a Constituição Federal, nem o Código Civil tratam expressamente do assunto, formam-se opiniões conflitantes na doutrina e na jurisprudência.

A doutrina se divide, basicamente, entre os que tratam das uniões homoafetivas no âmbito do direito de família, como entidades familiares, e aqueles que as renegam ao direito das obrigações, aplicando a estas as normas referentes às sociedades de fato.

Nesse mesmo sentido se divide a jurisprudência, ainda dominante ao considerar as uniões homoafetivas como sociedades de fato. Esta vem se modificando ao reconhecer que, ante a inexistência de previsão legal, devem ser aplicadas, por analogia, as normas referentes à união estável entre homem e mulher.

No que tange às discussões doutrinárias, destaca-se a interpretação do art. 226 da Constituição Federal. Parte da doutrina considera taxativo o rol de entidades familiares reconhecidas pela Constituição. Não estariam, desta forma, protegidas as famílias homoafetivas. Ainda nesse sentido, alguns consideram o art. 226 norma de exclusão, ou seja, a proteção das uniões homoafetivas como entidades familiares se daria apenas por meio de emenda constitucional. Já a outra parcela da doutrina entende que o art. 226 é norma de inclusão, protegendo as uniões homoafetivas como família.

Em que pese as opiniões doutrinárias expostas, a Constituição Federal não prevê expressamente as uniões homoafetivas, mas também não as proíbe. E na falta de proibição expressa ou de previsão positiva, deve-se interpretar a Constituição Federal à luz dos princípios constitucionais, em especial do Princípios da Igualdade e da Dignidade Humana, de forma a salvaguardar as relações homoafetivas no âmbito do direito de família, pois a norma do art. 226 da CF não exclui a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A interpretação constitucional atual enfatiza a aplicação dos princípios de Direito de Família, procurando salvaguardar os valores assegurados na Constituição. Nestes termos, o Princípio da Dignidade Humana e o Princípio da Igualdade e respeito às diferenças pregam a proibição de discriminações de quaisquer tipos, inclusive por motivo de orientação sexual, haja vista ser a dignidade humana expressão da autonomia da pessoa humana, necessitando de proteção e assistência da comunidade e do Estado.

O Princípio da Igualdade, consagrado pela Constituição Federal, repudia de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação, salientando os preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade. Na esfera da sexualidade, exige-se tratamento isonômico a todas as pessoas, sem distinção por motivo de orientação sexual, ficando proibida a discriminação por este motivo.

Nesta esteira, o Princípio de Dignidade Humana, também previsto na Constituição de 1988, coloca a dignidade humana como qualidade intrínseca do ser humano, merecedora de respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade. Isso implica um complexo de direitos e deveres que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, e lhe garanta condições existenciais mínimas para uma vida

saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em sociedade.

Desta forma, sendo a Dignidade Humana e a Igualdade princípios albergados pela Constituição Federal, dotados de normatividade e aplicabilidade, o Estado não pode deixar de proteger as uniões homoafetivas, sob pena de infringir tais valores constitucionais. Ante a inexistência de estatuto jurídico próprio, às uniões homoafetivas aplicam-se por analogia as regras atinentes a união estável.

Neste contexto, considera-se ultrapassada e preconceituosa a posição do Poder Legislativo e de certos segmentos da sociedade que, apesar da existência de alguns projetos de lei, procuram barrar a regulamentação do tema. E assim, a maioria dos direitos conferidos aos companheiros homoafetivos provém de decisões judiciais.

O direito comparado mostra que o caminho, não é outro, senão a devida proteção das uniões homoafetivas, seja através do instituto das parcerias registradas, da união estável ou do casamento.

A experiência alemã com as parcerias registradas demonstra que tal tipo de tratamento legal pode ser a forma para não atingir as famílias tradicionais e não gerar inconstitucionalidades.

Haja em vista a grande polêmica que envolve a interpretação constitucional, não resta dúvida que uma emenda constitucional tratando do assunto, encerraria as discussões a respeito da constitucionalidade de quaisquer projetos de lei ou leis infraconstitucionais sobre o tema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Carmita. *Descobrimto sexual do Brasil: para curiosos e estudiosos*. São Paulo: Summus, 2004.

ALEXY, Robert. *A teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº10.406, de 10-01-20022*. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs\\_atuacao/ParecerBarroso%20uniaio%20homossexuais.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniaio%20homossexuais.pdf)>.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, 10. ed., Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2007.

CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006.

COSTA, Helena Regina Lobo. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

DETHLOFF, Nina; KROLL-LUDWIGS, Kathrin. A Lei e Parceria registrada de 2001 e suas reformas no direito alemão. *Revista de Direito das Famílias e Sucessões*, n. 12, out./nov. 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed., rev., atual. e ampl. de acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTRANGEIROS gay podem casar-se em Portugal. Disponível em: <[http://dn.sapo.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=1621896](http://dn.sapo.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=1621896)>.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005.

FOUCAULT, Michel. *Escolha sexual, ato sexual*. “Sexual Choise, Sexual Act”; entrevista com J. O’Higgins; trad. F. Durant-Bogaert). *Salmagundi*, n. 58-59: Homosexuality: Sacrilege, Vision, Politics, automne-hiver 1982, pp. 10-24. Traduzido a partir de FOUCAULT, Michel. *Dits et Écrits*. Paris: Gallimard, 1994, pp. 320-335 por Wanderson Flor do Nascimento. Disponível em: <<http://vsites.unb.br/fe/tef/filoesco/foucault/escolha.pdf>>..

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2005.

GROENINGA, Gisele Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. In: *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

HORTAL, Jesus S. *Código de Direito Canônico*. Tradução Oficial da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Notas e Comentários. São Paulo: Loyola, 1983.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

IBGE. Série Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica : perfil das mulheres responsáveis pelos domicílios no Brasil 2000, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfildamulher/perfilmulheres.pdf>>.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 136-158, jun./jul. 2004.

LOTUFO, Maria Alice de. *Aplicabilidade das normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso avançado de direito civil: direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

MAIA, Bruno Landim. A união homoafetiva em perspectiva interdisciplinar. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/2371/1/-a-uniao-homoafetiva-em-perspectiva-interdisciplinar/pagina1.html>>.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. *RTDC: revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 89-112, jan./mar. 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito civil*. 18.ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

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

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 6.

\_\_\_\_\_. *Direito civil*. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22. ed., São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Américo Luis Martins da. *A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais*. Ed. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (Coord.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

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*, v. 16, jun./jul. 2010.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. *O Liberal*, Belém do Pará, 22 maio 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2006. v. 6.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *O novo direito de família*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.