

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**FÁBIO CAMARGO DE SOUZA**

**O DIREITO DOS HOMOAFETIVOS À FAMÍLIA**

**PIRACICABA**

**2017**

**FÁBIO CAMARGO DE SOUZA**

**O DIREITO DOS HOMOAFETIVOS À FAMÍLIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de Conhecimento:

Direito Fundamental e da Cidadania

Orientador:

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

**PIRACICABA**

**2017**

### **Ficha Catalográfica**

Souza, Fábio Camargo de

O direito dos homoafetivos à família / Fábio Camargo de Souza – 2017.

157 f.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito –  
Universidade Metodista de Piracicaba. 2017.

**FÁBIO CAMARGO DE SOUZA**

**O DIREITO DOS HOMOAFETIVOS À FAMÍLIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de Conhecimento:  
Direito Fundamental e da Cidadania

Data de aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida  
Universidade Metodista de Piracicaba  
(orientador)

---

Prof. Dr. Jorge Luiz de Almeida  
Escola Paulista de Magistratura

---

Dr. Gustavo Henrique de Oliveira  
Universidade Metodista de Piracicaba

*À minha família, base de sustentação sólida  
e erigida com muito afeto.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar presente em todos os momentos da minha vida e possibilitar que meus pais estejam junto de mim, presenciando mais um objetivo alcançado.

Aos meus pais, pelo carinho e amor imensurável. Deles aprendi lições de vida, desprendimento e superações, que espero um dia passar para os meus filhos.

Aos meus amados filhos, Cecília e Antonio. Inspiração e estímulo constante para o meu progresso na vida. Por vocês eu caminho mais seguro e confiante.

À minha esposa, Betânia, pelo incentivo e companheirismo durante todos os momentos da nossa união. Mulher que sabe compreender as minhas ausências e que mantém acesa a chama do amor.

Antes, apenas um colega de profissão. Hoje, uma forte e sincera amizade, que levarei para toda vida. Ao amigo Cristiano Medeiros, obrigado pelo convite para o Mestrado, pela parceria nas viagens de Poços de Caldas a Piracicaba, nos estudos, na vida e na profissão.

Ao amigo Carlos Henrique Gomes, estudioso do Direito, que emprestou parte da sua biblioteca para a confecção de trabalhos e da presente dissertação.

Aos professores da Unimep, pela imensa satisfação e orgulho de ter convivido e carreado conhecimentos inimagináveis para minha vida pessoal e profissional.

Aos funcionários da Unimep, pela atenção dispendida.

Por fim, e não menos importante, ao meu orientador, Professor Gavião, pessoa de conhecimento ímpar e inspiradora para a docência e a advocacia. Orgulho de ter bebido em sua fonte de sabedoria e de seu pai, Professor Jorge.

## RESUMO

A presente dissertação tem o objetivo de analisar o reconhecimento da união estável homoafetiva enquanto família. Para isso, foi realizado estudo multidisciplinar sobre família. Para a pesquisa, utilizou-se o método descritivo-qualitativo, extraídos os dados de obras literárias, artigos de internet e decisões judiciais. Verifica-se, até hoje, a omissão na legislação pátria sobre o assunto, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido a questão em 2011. Na referida decisão foram observados os princípios constitucionais, e o método de interpretação utilizado foi o de acordo com a Constituição Federal, indo além da literalidade da norma. Na decisão e na interpretação, o afeto caracterizou-se como fundamento preponderante da família contemporânea. A decisão da Corte garantiu à minoria desfavorecida dos homossexuais um *status* de entidade familiar, concedendo-lhes direitos e deveres iguais às uniões heterossexuais.

Palavras-chave: Homossexualismo. União Homoafetiva. Família. União estável. Princípios Constitucionais.

## **ABSTRACT**

The present dissertation has the objective of analyzing the recognition of stable homoaffective union as a family. For this, a multidisciplinary family study was carried out. For the research, we used the descriptive-qualitative method, extracted the data of literary works, articles of internet and judicial decisions. The Brazilian Supreme Court has ruled the matter in 2011. The constitutional principles were observed in that decision, and the interpretation method used was the one according to the Federal Constitution, Going beyond the literalness of the norm. In decision and interpretation, affection was characterized as the preponderant foundation of the contemporary family. The Court's decision guaranteed the disadvantaged minority of homosexuals a status of family entity, granting them equal rights and duties to heterosexual unions.

Keywords: Homosexuality. Homoafetive Union. Family. Stable union. Constitutional principles.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 FAMÍLIA E HISTÓRIA</b> .....	<b>11</b>
<b>2.1. Conceito</b> .....	<b>21</b>
<b>2.1.1. Conceito multidisciplinar</b> .....	<b>29</b>
<b>2.1.1.1. Na teologia (sob a óptica da religião católica)</b> .....	<b>29</b>
<b>2.1.1.2. Na sociologia</b> .....	<b>32</b>
<b>2.1.1.3. Na filosofia</b> .....	<b>37</b>
<b>2.1.1.4. Na antropologia</b> .....	<b>41</b>
<b>2.1.1.5. Na psicologia</b> .....	<b>46</b>
<b>2.2. Evolução legislativa</b> .....	<b>47</b>
<b>2.3. Do pluralismo das entidades familiares</b> .....	<b>51</b>
<b>3 HOMOSSEXUALIDADE</b> .....	<b>55</b>
<b>3.1. União estável e união homoafetiva</b> .....	<b>63</b>
<b>3.2. Dos deveres da união estável</b> .....	<b>73</b>
<b>3.3. Do regime de bens na união estável</b> .....	<b>76</b>
<b>3.4. Diferença entre união estável e concubinato</b> .....	<b>78</b>
<b>3.5. Da união estável homoafetiva</b> .....	<b>79</b>
<b>3.6. Previsão constitucional</b> .....	<b>82</b>
<b>3.7. Direito comparado (breves considerações)</b> .....	<b>92</b>
<b>3.8. Omissão legal</b> .....	<b>96</b>
<b>4 A DECISÃO DA CORTE SUPERIOR E O DIREITO À FAMÍLIA</b> .....	<b>100</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>109</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>112</b>
<b>ANEXO</b> .....	<b>121</b>

## 1 INTRODUÇÃO

*“Gosto quando se fala de ‘pessoa homossexual’. A pessoa vem primeiro, em sua integralidade e dignidade. Somos todos criaturas amadas por Deus.”*

Papa Francisco

Dados históricos mostram a existência da homossexualidade desde os tempos mais remotos da antiguidade.

Extrai-se desses mesmos dados que a homossexualidade era aceitável e incentivada para alguns povos e, para outros, tolerada.

O catolicismo iniciou ideias homofóbicas, combatendo a homossexualidade, pregando a intolerância e o preconceito.

A sociedade, de modo geral, evoluiu sobre o tema, mas o Direito, pelo menos aqui no Brasil, não acompanhou tal evolução.

Até hoje não temos uma legislação que abarque o tema e os direitos decorrentes da união entre pessoas do mesmo sexo.

Doutrinadores e parte da jurisprudência, na vanguarda, mas de forma tímida, reconheciam a união estável e alguns direitos do *délivrance* dessa união.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, em mais uma decisão histórica e de forma independente, apesar da pressão exercida por entidades religiosas - que eram contrárias -, reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça possibilitou o direito ao casamento às pessoas do mesmo sexo.

A presente dissertação tem por objetivo mostrar as omissões quanto ao tema e as evoluções legislativas à definição de família, bem como o avanço do assunto com a decisão da Suprema Corte, apresentando, ainda, uma visão multidisciplinar sobre família.

União estável heteroafetiva e união estável homoafetiva: ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos da convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituir família.

Portanto, o presente trabalho será restrito à dualidade de parceiros, não abarcando as uniões formadas por mais parceiros, designadas “poliamor” ou “poliafetividade”.

No texto não serão incluídas as uniões estáveis decorrentes de famílias simultâneas.

## 2 FAMÍLIA E HISTÓRIA

O direito de família, parte integrante do direito civil, sofre a influência de fatores sociológicos, morais e religiosos. Por isso, é motivo de debate e de controvérsia.

Desde os primórdios, a família vem sendo considerada a expressão social e econômica mais importante. Social porque é manifestação, reconhecida pela sociedade, da vida social e da reprodução. Econômica porque, sob o ponto de vista da produção e do consumo, constitui uma unidade de consumo.<sup>1</sup>

O tema interessa tanto à Sociologia quanto ao Direito. “O estudo da família como realidade ética, política e social, interessa à sociologia, enquanto sua análise como fonte de relações sociais relevantes, em razão dos interesses individuais e coletivos nela presentes, interessa ao Direito”.<sup>2</sup>

A família é uma instituição privada, de construção cultural, voluntariamente constituída, cujo agrupamento de pessoas tem por finalidade o auxílio mútuo, o compartilhamento dos destinos e a procriação. “Dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.”<sup>3</sup>

Friedrich Engels afirma que

o estudo da história da família data de 1861, com o aparecimento do livro *Direito Materno* de Bachofen. Nesse livro o autor faz as seguintes afirmações: 1) – nos tempos primitivos, os homens viviam em total promiscuidade sexual – chamada impropriamente de heterismo por Bachofen; 2) – esse tipo de relações excluía qualquer possibilidade de estabelecer, com segurança, a paternidade, de modo que a filiação só podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e que isso ocorria em todos os povos antigos; 3) – por conseguinte, as mulheres, como mães, como únicos genitores conhecidos da nova geração gozavam de elevado grau de apreço e consideração chegando, segundo afirma Bachofen, ao domínio feminino absoluto (ginecocracia); 4) – a transição para a monogamia, em que a mulher passava a pertencer a um só homem, encerrava em si uma violação de uma lei religiosa muito antiga (ou seja, efetivamente uma violação do direito tradicional que os outros homens tinham sobre aquela mulher), transgressão que devia ser expiada ou cuja tolerância era compensada com a posse da mulher por outros durante determinado tempo.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> BIRKET-SMITH, Kaj. *História da cultura*. São Paulo: Melhoramentos, 1965 apud ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 2.

<sup>2</sup> CASTRO, Adriana Mendes Oliveira et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

<sup>3</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1.

<sup>4</sup> ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, s/d, p. 18/19.

Porém, ao contrário do que foi afirmado, há inúmeras famílias, diversas das atuais, que passaram pelos séculos anteriores ao declinado por Engels.

Na Antiguidade, as famílias eram formadas para lutarem pela sobrevivência do grupo.

Friedrich Engels, citado por Paulo Lôbo, explica

que a palavra família não pode ser aplicada, em princípio, nos romanos antigos, ao casal e aos filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* queria dizer escravo e família era o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem. Ainda no tempo de Caio, a família *id est patrimonium* (quer dizer, parte da herança) era transmitida testamentariamente. Segundo esse autor, a expressão foi inventada pelos romanos para designar um certo número de escravos, submetidos ao poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles. Essa família era baseada no domínio do homem, com expressa finalidade de procriar filhos de paternidade incontestável, inclusive para fins de sucessão. Foi a primeira forma de família fundada sobre condições não naturais, mas econômicas, resultando da propriedade individual sobre a propriedade espontânea primitiva.<sup>5</sup>

Em Roma, o patrimônio era reconhecido quando tinha como titular o *pater familias*. Com o falecimento deste, novos núcleos familiares surgiam, tendo como *pater* os descendentes homens. Adriana Mendes Oliveira Castro assevera que:

Na primeira fase do Direito Romano, a família era simultaneamente uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional; havia um patrimônio pertencente à família, e uma religião própria, a religião dos antepassados falecidos.<sup>6</sup>

A autora também complementa:

A família romana – família *proprio iure* – no período clássico, encontrava-se estruturada ao redor de um chefe de família, o *pater familias*, pessoa plena de direitos, completamente capaz juridicamente. A ele eram conferidos amplos poderes (religiosos, políticos) sobre todos os membros que compunham sua família, ou seja, sobre seus filhos e filhas (legítimos ou legitimados), sobre as mulheres casadas com seus filhos, bem como, sobre os escravos e semiescravos, que estavam sob o seu poder.<sup>7</sup>

Importante esclarecer que *pater* está ligado à cabeça (*caput*) e não ao conceito de pai ou genitor.

O poder do *pater* sofreu transformações profundas ao longo da história, e sua autoridade foi progressivamente restringida, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos. Para isso, contribuiu o advento do cristianismo, quando a influência da Igreja sobre o pátrio poder foi traduzida em princípios que conceituaram como um *múnus*, um encargo, que tinha sua medida no interesse da família, enquanto para os

<sup>5</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

<sup>6</sup> CASTRO, Adriana Mendes Oliveira et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 79-80.

romanos era um auctoritas, ou seja, um direito cuja medida era a vontade e o interesse do pater.<sup>8</sup>

Vale assinalar que “a família brasileira sofreu influência da família romana, modificada pelo Direito Canônico, e das instituições germânicas que vigoraram ao longo da Idade Média”.<sup>9</sup> A decadência do Império Romano e o crescimento do cristianismo fizeram com que a família passasse a ter um modelo patriarcal constituído exclusivamente pelo casamento. Os casamentos realizavam-se num círculo limitado, que agrupava as pessoas socialmente em razão de sua origem e posição socioeconômica.<sup>10</sup>

A família cristã inicia-se com o casamento religioso e é um ato que deve ocorrer na presença de uma autoridade religiosa.<sup>11</sup> A estrutura familiar cristã é constituída pelo marido, esposa e filhos gerados dessa união.<sup>12</sup> O cristianismo ressaltou o papel do casamento na formação da família.<sup>13</sup> Nesse período, a Igreja confundia-se com o próprio Estado, sendo que o afrouxamento desse laço acarretou profunda mudança no conceito de família à época. Devido à influência religiosa, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação. Existiam, já antigamente, famílias constituídas fora do casamento, sendo que no direito romano a união estável era considerada inferior ao casamento.

Gagliano e Pamplona Filho explicam que:

Para os romanos, o casamento era um estado de fato, que produzia efeitos jurídicos. Paralelo a ele, existia também a figura do concubionatus, que consistia em toda a união livre entre homem e mulher na qual não ocorresse a affectio maritalis, efeito subjetivo do casamento, que representava o desejo de viver com o parceiro para sempre. Registre-se que, nesse momento, esse antecedente histórico do instituto do concubinato não tinha conotação pejorativa moral.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Ibid., p. 61.

<sup>9</sup> Ibid., p. 60.

<sup>10</sup> SAMARA, Eni de Mesquita. Casamento e papéis familiares em São Paulo no séc. XIX. Departamento de História da FFLCH da USP. Disponível em: <<http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/viewFile/1591/1581>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>11</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Do casamento religioso com efeitos civis e o novo código civil. *O Neófito*. Informativo Jurídico, p. 1-13, 3 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7815-7814-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>12</sup> ESTUDANTES da Bíblia. *A bíblia na família e na sociedade*. Disponível em: <<http://www.estudantesdabiblia.com.br/biblia/a-biblia-na-familia-e-na-sociedade.html>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

Fernando Gaburri diz:

Finda a fase religiosa, em que o principal mister familiar consistia na tradição do culto aos antepassados, o instituto sofreu abrandamento de suas funções religiosas e socioeconômicas, com destaque para a Revolução Industrial, responsável pela saída do homem do lar em busca de trabalho nas indústrias.<sup>15</sup>

Até o século XV, ao menos na Inglaterra, os pais não tinham afeição pelos seus filhos. Era prática comum, entre os 7 (sete) e 9 (nove) anos de idade, as crianças deixarem suas casas para permanecerem por um período de 7 (sete) a 9 (nove) anos na casa de outras pessoas.<sup>16</sup>

Nesse período, as crianças aprendiam todas as tarefas domésticas e boas maneiras, para depois retornarem às suas casas. As crianças eram colocadas nessas casas como aprendizes, pensionistas ou criados.<sup>17</sup>

Na Idade Média, “o serviço doméstico não implicava nenhuma degradação e não despertava nenhuma repugnância”.<sup>18</sup>

Nessas condições, a criança desde muito cedo escapava à sua própria família, mesmo que voltasse a ela mais tarde, depois de adulta, o que nem sempre acontecia. A família não podia, portanto, nessa época, alimentar um sentimento existencial profundo entre pais e filhos. Isso não significava que os pais não amassem seus filhos: eles se ocupavam de suas crianças menos por elas mesmas, pelo apego que lhes tinham, do que pela contribuição que essas crianças podiam trazer à obra comum, ao estabelecimento da família. A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. No caso de famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio ou a “casa” dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem ao menos tinham uma casa, eram vagabundos sem eira nem beira, verdadeiros mendigos). Nos meios mais ricos, a família se confundia com a prosperidade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> GABURRI, Fernando. Proteção ao bem de família do casal homoafetivo: a reconstrução da noção de sujeito de direito à luz do direito à luz do direito civil constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 329-347, p. 337.

<sup>16</sup> DEUS, Andréa Simone Bermond de. *Ensino Fundamental X Influência familiar*. Universidade Cândido Mendes - Instituto A Vez do Mestre - Pós-graduação "Lato Sensu" em Psicopedagogia - Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/monopdf/6/ANDR%C3%89A%20SIMONE%20BERMOND%20DE%20DEUS.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Trad. Dora Glaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 155.

<sup>19</sup> Ibid., p. 158-159.

Luc Ferry afirma que “filhos na Idade Média não eram amados. Naquela época, a morte de uma criança era tão ruim, para a família, quanto a de um porco ou de um cavalo. Crianças representavam trabalho braçal”.<sup>20</sup>

A partir do século XV, inicia-se uma revolução profunda. A educação passa a ser fornecida pela escola. Torna-se, assim, instrumento da iniciação social. Com isso, os pais não enviavam mais os seus filhos para outras casas, passando a desejá-los mais próximos deles e a não abandoná-los.

A substituição da aprendizagem pela escola exprime também uma aproximação da família e das crianças, do sentimento da família e do sentimento da infância, outrora separados. [...] O clima sentimental era agora completamente diferente, mais próximo do nosso, como se a família moderna tivesse nascido ao mesmo tempo que a escola, ou, ao menos, que o hábito geral de educar as crianças na escola.<sup>21</sup>

Nesse período, entre a Idade Média e o século XVII, a família carregava um fardo moral. Era prática comum beneficiar o filho mais velho em detrimento dos mais novos. O objetivo era concentrar o patrimônio e evitar a distribuição igualitária dos bens entre os filhos.<sup>22</sup>

Porém, a partir do início do século XVIII, reformadores religiosos passaram a questionar essa prática, resultando na igualdade do Código Civil.<sup>23</sup> “Tendia-se agora a atribuir à afeição dos pais e dos filhos, sem dúvida tão antiga quanto o próprio mundo, um valor novo: passou-se a basear na afeição toda a realidade familiar.”<sup>24</sup>

A densidade social impedia o isolamento, e o indivíduo vivia em público. Havia dificuldade em separar a vida mundana da vida profissional e privada.

No século XVIII, a família começou a manter a sociedade à distância, a confiná-la a um espaço limitado, aquém de uma zona cada vez mais extensa de vida particular. A organização da casa passou a corresponder a essa nova preocupação de defesa contra o mundo. Era já a casa moderna, que assegurava a independência dos cômodos fazendo-os abrir para um corredor de acesso. Mesmo quando os cômodos se

<sup>20</sup> FERRY, Luc. *A invenção do divórcio e o sagrado na contemporaneidade*. Disponível em: <<http://www.fronteiras.com/artigos/a-invencao-do-divorcio-e-o-sagrado-na-contemporaneidade>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>21</sup> ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Trad. Dora Glaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p. 159.

<sup>22</sup> BITTENCOURT, Ana Paula Nogueira. *Considerações acerca do direito sucessório brasileiro*. Crítica as soluções inovadoras do novo Código Civil Brasileiro em favor dos cônjuges, assim como as omissões relativas aos companheiros. 15 out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3771/Consideracoes-acerca-do-direito-sucessorio-brasileiro>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>23</sup> TAVRES, Anna Lívia Freire. *A evolução do direito sucessório quanto à origem da filiação no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise à luz da constitucionalização do direito civil*. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3333](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3333)>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>24</sup> ARIÈS, Philippe. Op. cit., p. 162.

comunicavam, não se era mais forçado a atravessá-lo para passar de um ao outro. Já se disse que o conforto data dessa época: ele nasceu ao mesmo tempo que a intimidade, a discrição e o isolamento, e foi uma das manifestações desse fenômeno.<sup>25</sup>

Com isso, a liberdade e a intimidade alheia passaram a ser protegidas contra a pressão social. “A reorganização da casa e a reforma dos costumes deixaram um espaço maior para a intimidade, que foi preenchida por uma família reduzida aos pais e às crianças, da qual se excluía os criados, os clientes e os amigos.”<sup>26</sup> Essa vida familiar estendeu-se por quase toda a sociedade inglesa.

No Oriente está presente a poligamia, e a poliandria, no Tibet e na Índia. No Ocidente, conforme já mencionado, sob forte influência da religião, o modelo de família era patriarcal e monogâmico.

Até o início do século XIX, a família tem característica de hierarquia, tendo a figura masculina como detentora do poder.

A família antiga apresentava-se revestida de caracteres bem distintos da noção atualmente vigente. Constituída de um grupo social numeroso subordinado à patria potestas de um pater familias, que concentrava em si poderes de sacerdote, administrador e magistrado daquele aglomerado, tinha como pedra fundamental os interesses do grupo, com o da mútua proteção e da segurança, sem preocupação com a consanguinidade, já que também fazia parte da família a mulher casada cum manu, seus filhos naturais e adotivos, a nora, também casada cum manu, os escravos e assimilados.<sup>27</sup>

Com a Revolução Industrial, esse modelo familiar sofreu profundas mudanças, uma vez que o capitalismo exigiu que a mulher também buscasse uma vaga de emprego.

Com o crescimento da urbanização, em consequência da revolução industrial, houve modificação do grupo social da família: a grande prole dá lugar a um número reduzido de filhos, compondo a família nuclear; são retiradas da família algumas incumbências, posto que as atividades desenvolvidas fora de casa crescem, e o Estado toma a si a educação das crianças em escolas e creches. Desse modo, a família converte-se em lugar de intimidade e valorização das pessoas contra o anonimato e a massificação da sociedade de consumo.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 184-185.

<sup>26</sup> Ibid., p. 186.

<sup>27</sup> GABURRI, Fernando. Proteção ao bem de família do casal homoafetivo: a reconstrução da noção de sujeito de direito à luz do direito civil constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 329-347, p. 337.

<sup>28</sup> Ouso humildemente discordar da afirmação, vez que a urbanização foi incrementada com a Revolução Industrial, aumentando o número de filhos para dar lugar à mão de obra. Surgia, assim, o proletariado, que é a classe trabalhadora (operários), mais baixa da camada social, que vende a sua força de trabalho para a burguesia. CASTRO, Adriana Mendes Oliveira. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.



Ainda no início do século XIX, o Estado passou a interferir com sua presença nas relações familiares, interessando-se pela criança em que a figura paterna falhava, vigiando estreitamente o grupo, substituindo o patriarcado familiar e concretizando uma política de publicização da família.

Na segunda metade do século XIX, por influências sociais, políticas e econômicas, a família passou por modificações acentuadas. A condição feminina foi se modificando e, concomitantemente, houve mudanças também no papel masculino, ocasionando reformulações na relação conjugal e, naturalmente, na relação entre pais e filhos.

Preocupado inicialmente com o surgimento da infância como categoria social, Ariès mostrou como a família nuclear “moderna”, composta pelo triângulo pai, mãe e filhos e por uma complexa combinação de autoridade e amor parental trouxe consigo um novo conjunto de atitudes em relação às crianças. Novas formas de intimidade entre pais e filhos, a supervalorização do amor materno, a privatização da instituição familiar e a passagem das funções socializadoras para o âmbito mais restrito do lar, constituem alguns dos mecanismos fundamentais para a constituição da família “moderna”, coincidindo com a ascensão da burguesia.<sup>29</sup>

Aqui no Brasil, o Código Civil de 1916 sofreu influências da Revolução Francesa. “Naquela ambientação familiar, necessariamente matrimonializada, imperava a regra ‘até que a morte nos separe’, admitindo-se o sacrifício da felicidade pessoal dos membros da família em nome da manutenção do vínculo do casamento.”<sup>30</sup> A família, pelo Código Civil de 1916, tinha fins patrimoniais, mas, hoje, prevalece o afeto e o desejo de ter uma vida plena em comum.

As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes daquele período da revolução industrial.<sup>31</sup>

Como ministra Washington Monteiro<sup>32</sup>, “CÍCERO apelidou-a de *seminarium reipublicae*. Efetivamente, onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral.”<sup>33</sup>

<sup>29</sup> BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem sociológica de família. *Revista brasileira de estudos de população*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 3, jan./jun. 1989.

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 4.

<sup>31</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>32</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1.

<sup>33</sup> COGLIOLO, Pietro. *Scritti varii di diritto privato*. 7. ed. Milano: A. Giuffrè, 1940.

A família organizava-se em torno da figura do pai, que ostentava a condição de chefe, cabendo à mulher e aos filhos a posição de obediência, respeito e subserviência. Esse modelo era composto por pais e filhos frutos dessa união legítima entre os cônjuges, tendo como centro a figura patriarcal, responsável pelo sustento dos membros da família sob sua chefia, e a mulher, rainha do lar, responsabilizava-se pela organização da casa e educação dos filhos.

No Brasil, em 1960, a mulher casada era considerada relativamente incapaz, tendo sido retirada dessa condição pelo Estatuto da Mulher no Brasil, em 1962.

O casamento, no sentido da sociedade conjugal entre o homem e a mulher, era reconhecido pela Constituição da República de 1967, com as alterações da EC nº 1/69, como causa primária e única para constituir família, digna do direito à proteção da lei. Ali se estabelecia, no art. 175, caput, que “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”. Repetia-se, assim, a disposição que se continha no art. 163 da Constituição de 1946.<sup>34</sup>

Nos anos 60, ainda, com a chegada da pílula anticoncepcional, a mulher passou a ter domínio da procriação e maior liberdade sexual, bem como acesso ao mercado de trabalho. Os direitos e deveres, gradativamente, foram se tornando recíprocos, ocasionando maior possibilidade de diálogo entre as gerações, com expressões de afeto mais explícitas.

Na segunda metade do século XX, foram se revelando novos pensamentos e posturas, os quais proporcionaram mudanças de valores.

Até a Constituição Federal de 1988, o casamento era a base da família. A partir da Carta Constitucional, o matrimônio deixa de caracterizar-se como forma única de constituição de família. Assim, a família se forma por via distinta do casamento civil.

O direito civil foi constitucionalizado, sendo desvinculado do patrimônio, que perdeu o seu papel de centralidade, dando lugar ao ser humano por influência do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>35</sup> “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”<sup>36</sup>

Assim, “dentro dessa perspectiva, a proteção à família por parte do Estado foi erigida a nível constitucional, como se depreende do disposto no art. 226 da Constituição Federal.”<sup>37</sup> E, na visão de Maria Berenice Dias:

<sup>34</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 11 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.23.

<sup>35</sup> Há que se mencionar também os princípios da igualdade e o da não discriminação.

<sup>36</sup> Artigo 17 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada, em 1969, em São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 8 set. 2016.

<sup>37</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2.Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

Ao assegurar especial proteção à **família**, a Constituição não faz qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as constituições anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento”, sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A **cláusula de exclusão** desapareceu.<sup>38</sup>

Portanto, de uma estrutura de hierarquia, a família tende para uma estrutura de igualdade. A família de características hierarquizadas foi se estruturando como uma família em que a igualdade passou a predominar.

Enfim, a família deixa de ser uma unidade de produção e, afastando-se dos fins econômicos, políticos, culturais e religiosos que prevaleciam nos séculos anteriores, converte-se, no século atual, num lugar de intimidade das pessoas, de companheirismo e de afetividade. O papel de cada membro é valorizado, em função das aptidões pessoais, e a família passa a refletir, gradativamente, o interesse de seus membros, mais do que o interesse do grupo familiar.<sup>39</sup>

Família não é mais um modelo único, posto que os princípios constitucionais reconheceram a diversidade e proclamaram a preservação da pluralidade de formas.

A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.<sup>40</sup>

A família tem maiores possibilidades de se constituir por meio da livre escolha dos seus indivíduos, sempre fundamentada no amor. Pode ser constituída formal ou informalmente, vez que o rol do artigo 226, da Constituição Federal, é exemplificativo. Em seu processo evolutivo, a família também se modificou quanto ao número de integrantes – deixa de ser extensa, no início do século XX, para ser, na segunda metade do século, uma família denominada nuclear.

Atualmente, a família é nuclear, com direitos e deveres divididos igualmente entre as figuras paterna e materna, apresentando diversas formas e sem a oficialidade. Há, ainda, a igualdade no interior da família, conforme artigo 226, § 5º, da Constituição da República. “A identificação da presença de um vínculo amoroso cujo entrelaçamento de sentimentos leva ao enlaçamento das vidas é o que basta para que se reconheça a existência de

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 117 (grifos da autora).

<sup>39</sup> CASTRO, Adriana Mendes Oliveira et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62-63.

<sup>40</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 4.

uma família.<sup>41</sup> São os laços afetivos e a assistência recíproca que justificam o surgimento da família e exercem, cada vez mais, o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.

O que se busca, na verdade, é tutelar os integrantes ou componentes da família, porque família não é titular de direitos, nem de interesses autônomos. Assim, os direitos que cabem ao membro de uma família não têm natureza diversa daqueles que cabem ao indivíduo como pessoa.

Hodiernamente, no direito contemporâneo, os direitos e deveres de família já preveem uma visão de igualdade entre seus membros e uma posição diárquica de seu comando, em contrapartida à visão hierarquizada e patriarcal vista no período do direito clássico. Antes os interesses da instituição família estavam acima dos interesses daqueles que a compunham, hoje com a erupção de novos conceitos e estruturas familiares a família deve servir aos seus membros.<sup>42</sup>

Porém, para José Luiz Gavião de Almeida, isso não ocorre, pois é permitido que os interesses pessoais se sobreponham à família.

A família, entidade eminentemente altruística, cede passo à união por motivos egoísticos. Se antes o pensamento era voltado à constituição e manutenção da família como uma instituição, agora o que se procura no grupamento social é a satisfação de interesses próprios. Constitui-se uma família por interesse pessoal.<sup>43</sup>

Não se pode traçar um perfil ideal do grupo familiar, dada a sua evolução no tempo. A diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para reconhecer a entidade familiar como merecedora da especial tutela do Estado. Portanto, a prole não é essencial para que se reconheça uma entidade familiar na união de duas pessoas.

E, nesse avanço das instituições jurídicas, o planejamento familiar adquire especial relevo, regulado pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que o define como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Permanece a ideia consagrada no art. 226, § 7º, que ao indivíduo cabe a livre decisão sobre o planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e pela paternidade responsável, cumprindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais ou privadas.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 25.

<sup>42</sup> CASTRO, Adriana Mendes Oliveira et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 95.

<sup>43</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito Civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 7.

<sup>44</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

As modificações que ocorreram na sociedade levaram em conta

a formação dos grandes centros urbanos, a revolução sexual, o movimento feminista, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, a valorização da tutela da infância, juventude e terceira idade, a mudança de papéis nos lares, a supremacia da dignidade sobre valores pecuniários, o reconhecimento do amor como elo mais importante da formação de um “LAR, Lugar de Afeto e Respeito”..., tudo isso e muito mais contribuiu para o repensar do conceito de família na contemporaneidade.<sup>45</sup>

Frente à necessidade econômica, a mulher passou a trabalhar fora com a finalidade de aumentar a renda familiar. Ampliou seu campo de trabalho e passou a participar de atividades educativas, profissionais, culturais, artísticas e políticas. A mulher ingressou em maior número nas universidades, abrindo seu campo de trabalho e, destarte, ficando mais tempo fora de casa. As mulheres possuem tripla jornada de trabalho, vez que laboram fora, cuidam das tarefas domésticas e dos filhos. Os pais saem de casa para o trabalho, deixando os seus filhos com o familiar mais velho ou em creches. Atualmente, elementos ou objetos resultantes do avanço tecnológico fazem parte do cotidiano das famílias e de forma intensa.

## 2.1. Conceito

Família é palavra gênero que não permite conceituação segura. Etimologicamente, há dúvidas quanto à palavra família.

Alguns afirmam que vem do latim *fames*, que significa fome. Outros, afirmam que deriva do termo *famulus*, que significa servente, escravo doméstico. Assim, acredita-se que, originariamente, o conceito de família era usado para fazer referência ao grupo de escravos e criados enquanto propriedade de um homem. O termo *famulus* surgiu na Roma Antiga para designar um novo grupo social que apareceu entre as tribos, ao ser introduzido à agricultura e escravidão legalizada.

Família, no Dicionário Houaiss<sup>46</sup>,

é substantivo feminino (sXIII), que tem como significado **1** núcleo social de pessoas unidas por laços afetivos, que geralmente compartilham o mesmo espaço e mantêm entre si uma relação solidária; **1.1** grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (esp. o pai, a mãe e os filhos); **1.2** grupo de pessoas que têm uma ancestralidade comum ou que provêm de um mesmo tronco; **1.3** pessoas ligadas entre si pelo casamento e pela filiação ou pela adoção; **2** fig. grupo de pessoas unidas por mesmas convicções ou interesses ou que provêm de um mesmo lugar < uma f. espiritual > < a f. mineira >;

<sup>45</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

<sup>46</sup> DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#1>>. Acesso em: 8 set. 2016 (acesso restrito).

**3** grupo de coisas que apresentam propriedades ou características comuns < porcelana chinesa da f. verde > ; **4** bio categoria que compreende um ou mais gêneros ou tribos com origem filogenética comum e distintos de outros gêneros ou tribos por características marcantes [Na hierarquia de uma classificação taxonômica, está situada abaixo da ordem e acima da tribo ou do gênero.]; **5** gráf. conjunto de tipos que apresentam em seu desenho as mesmas características básicas; **6** mat. conjunto de curvas ou superfícies indexadas por um ou mais parâmetros; **7** quím. m.q. grupo; **8** MG PR RS MT infm. filho ou filha (entre as pessoas do interior); < Isidora tem seis f. em casa >; **f. natural** dir. civ; família formada pelos pais, ou apenas um deles, e seus descendentes; **f. nuclear** o grupo de família composto de pai, mãe e filhos naturais ou adotados residentes na mesma casa, considerado como unidade básica ou núcleo da sociedade; **f. substituta** dir. civ família estabelecida por adoção, guarda ou tutela; **Sagrada** ou **Santa F.** quadro ou outra representação artística figurando José, a Virgem e o Menino Jesus... Etimologia lat. família, ae 'domésticos, servidores, escravos, séquito, comitiva, cortejo, casa, família'; ver famili.

Para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), família é o

conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e agregados da família, e por normas de convivência as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residam na mesma unidade domiciliar (domicílio particular ou unidade de habitação em domicílio coletivo) (PNAD 1992, 1993, 1995, 1996).<sup>47</sup>

Família é parte de um processo de construção social, não é algo biológico ou divino.

Para Cristina Bruschini:

A família é um conjunto de pessoas ligadas por laços de sangue, parentesco ou dependência, que estabelecem entre si relações de solidariedade e tensão, conflito e afeto. Não se trata de um grupo “harmonioso e sereno” voltado para a satisfação de necessidades econômicas, mas sim de uma unidade composta por indivíduos de sexos, idades e posições diversificadas, que vivenciam um constante jogo de poder que se cristaliza na distribuição de direitos e deveres.<sup>48</sup>

A autora ainda completa o seu pensamento:

mas a família é também um grupo social composto de indivíduos diferenciados por sexo e por idade, que se relacionam cotidianamente, gerando uma complexa e dinâmica trama de emoções: ela é um conjunto heterogêneo de seres com sua própria individualidade e personalidade. A sexualidade, a reprodução, a socialização são esferas potencialmente geradoras tanto de relações prazerosas quanto conflituosas. A divisão interna de papéis pode ser expressão de importantes relações de

<sup>47</sup> INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Conceitos. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoadevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>. Acesso em: 8 set. 2016.

<sup>48</sup> BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem sociológica de família. *Revista brasileira de estudos de população*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 3, jan./jun. 1989, p. 13.

dominação e submissão, na medida em que configura uma distribuição de privilégios, direitos e deveres dentro do grupo.<sup>49</sup>

O conceito de família vem se ampliando em decorrência das mudanças que a sociedade vem passando. A palavra família é suscetível de diversas significações, tendo dilatada conceituação jurídica e possuindo proteção constitucional.

Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna.<sup>50</sup>

O conceito de família difere conforme o tempo e o espaço. “Em Roma, a família era definida como o conjunto de pessoas chefiadas pelo pater, o ascendente mais velho ainda vivo, sob a autoridade do qual se reuniam os ascendentes.”<sup>51</sup> A família tem sofrido variações, repita-se, na sua estrutura, acompanhando a evolução da realidade social.

[...] o conceito de família é relativo, no tempo e no espaço, e corresponde principalmente ao momento histórico em que ela está inserida; do ponto de vista jurídico, família é um grupo social organizado segundo uma disciplina própria – o direito de família – cujo campo é o mais sensível às mudanças da sociedade em geral.<sup>52</sup>

E,

a família pode ser considerada em sentido amplo e estrito. No primeiro caso, abrangeria todas as pessoas ligadas por parentesco sanguíneo, pela adoção e pela afinidade. No segundo, corresponderia ao grupo formado pelos cônjuges e filhos – consanguíneos e civis.<sup>53</sup>

A família enquanto fator cultural e espiritual, e não biológico, pressupõe a existência de afeto, assistência mútua e a busca constante da felicidade. Para Clovis Beviláqua, família é “um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie”.<sup>54</sup> A família pode ter o seu vínculo oficializado ou não. Portanto, constitui-se formal e informalmente.

<sup>49</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>50</sup> LACAN, Jaques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p. 13.

<sup>51</sup> Sob a autoridade do pater famílias viviam também os escravos. CASTRO, Adriana Mendes Oliveira et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

<sup>52</sup> CASTRO, Adriana Mendes Oliveira et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 60.

<sup>53</sup> ALVES, João Luiz. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1936, apud

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 2.

<sup>54</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 16.

Presentemente, portanto, a mencionada definição de Clóvis não exaure todas as relações jurídicas enquadradas no direito de família, pois já não perdura o requisito essencial que a lei consagrava, tendo o casamento como elemento fundamental e inseparável da noção de família.<sup>55</sup>

A formalidade passou a ser irrelevante, tendo em vista que a Constituição Federal e a sociedade passaram a dar importância ao afeto.

Por fim, num sentido mais largo ainda, cinge o vocábulo todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. É o que ocorreu com a Constituição Federal de 1988, que equiparou à família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, a entidade familiar, resultante da união estável entre o homem e a mulher, tendente ao casamento, bem como a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 3º e 4º).<sup>56</sup>

A família tem proteção estatal, conforme previsão no *caput* do artigo 226 da Carta de Outubro.

Há uma tricotomia: família-Estado-sociedade, na qual a família tem a proteção do Estado, sendo a base da sociedade. A família, a sociedade e o Estado devem proteger as crianças e os adolescentes e zelar pelos idosos, consoante artigos 205, 227 e 230, todos da Constituição Federal<sup>57</sup>. Da leitura do *caput* do artigo 226, da Constituição da República, extrai-se a relação tricotômica entre família, sociedade civil e Estado.

<sup>55</sup> MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 4.

<sup>56</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>57</sup> “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e



[...] a família contemporânea é fundada na multiplicidade de formas de sua constituição – a oriunda do casamento ou da união estável integrada por ambos os genitores e filhos; a monoparental; a originada de laços de sangue ou adoção – e, em qualquer das formas, tem proteção assegurada pela Constituição brasileira.<sup>58</sup>

É uma entidade doméstica, de agregação humana, que mantém o elo entre o indivíduo e a sociedade. Nesse núcleo, formado por empatia e sintonia entre os seus membros, encontra-se uma atmosfera de afetividade, de aconchego, de confiança, de admiração e de respeito. Tendo os seus indivíduos, como propósito comum, a felicidade.

Basta a presença do afeto para se ver uma família, e nenhum limite há para o seu reconhecimento. Qualquer outro requisito ou pressuposto é desnecessário para sua identificação. No momento em que se inserem no conceito de família, além dos relacionamentos decorrentes do casamento, também as uniões estáveis e os vínculos monoparentais, mister enlaçar em seu âmbito mais uma espécie de vínculos afetivos: as relações homossexuais, hoje chamadas de uniões homoafetivas.<sup>59</sup>

A família não é caracterizada pelo laço sanguíneo, mas sim pelo afeto. Tanto é verdade que os cônjuges ou companheiros não possuem entre si laço sanguíneo e, mesmo sem filhos, formam, ainda assim, uma família. O mesmo decorre de pais e filhos adotivos. A coabitação também não é requisito para o reconhecimento da entidade familiar.

Não se diferencia mais a família pela ocorrência do casamento. Também a existência de prole não é essencial para que a convivência mereça reconhecimento e proteção constitucional, pois sua falta não enseja sua desconstituição. Como filhos ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça proteção legal, não se justifica deixar de abrigar, sob o conceito de família, as relações homoafetivas.<sup>60</sup>

---

subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.”

“Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.”

<sup>58</sup> CASTRO, Adriana Mendes Oliveira. et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 26.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 55.

No dizer de Sérgio Resende de Barros,

[...] a Constituição de 1988 admitiu que o casamento não é a única categoria de família. A energia social do afeto levou o constituinte a estender a tutela constitucional: abrigou a união estável e a família monoparental nos §§ 3º e 4º do art. 226. Mas, como esse artigo não é exaustivo, a Constituição não impede que a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconheçam outras categorias de família geradas pelo afeto, como a **família homoafetiva** e a **família anaparental** (esta última é a que persiste entre os descendentes provados de ambos os pais).<sup>61</sup>

O afeto é um dos fundamentos mais significativos da família atual. “[...] o afeto ingressa na dimensão difusa onde o direito é cimentado pela solidariedade. O afeto se difunde na sociedade como fator de solidariedade...o afeto tem compromisso com o gênero humano.”<sup>62</sup> Mas não é só. “O consenso, a solidariedade, o respeito à dignidade das pessoas que a integram são os fundamentos dessa imensa mudança paradigmática que inspiram o marco regulatório estampado nos artigos 226 a 230 da Constituição de 1988.”<sup>63</sup>

Para a constituição de uma família, há, necessariamente, o compartilhamento de vidas e esforços, tendo o afeto, o carinho e o amor como núcleo para a caracterização da entidade familiar, com irrestrito apoio moral e material entre os seus integrantes.

A família contemporânea é fruto antes do afeto que do direito, devendo este último se conformar – pela moldura elasticada pela Constituição Federal – aos fatos familiares que batem às portas da lei neste novo milênio. O novo modelo de entidade familiar busca “construir uma história em comum, não mais a união formal, o que existe é uma comunhão afetiva, cuja ausência implica a falência do projeto de vida.”<sup>64</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>65</sup>, em seu artigo 25, assevera que se entende

por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. E, no seu parágrafo único, ainda, entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

<sup>61</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A tutela Constitucional do afeto. Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito e Família*. São Paulo: IOB Thomson, p.887 (grifos do autor).

<sup>62</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>63</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

<sup>64</sup> FACHIN, Rosana. Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.7 apud FACHIN, Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policramia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59-74, p. 70.

<sup>65</sup> Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 8 set. 2016.

O artigo 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93<sup>66</sup>, define que “a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”.

A Lei nº 10.836/04<sup>67</sup>, em seu artigo 2º, § 1º, inciso I, define o que é família ao prescrever “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros”.

A Lei Maria da Penha<sup>68</sup>, além de abordar a violência doméstica cometida contra a mulher, trouxe um conceito legal de família, conforme dispõem os seus artigos 2º e 5º, que englobam as uniões homoafetivas.<sup>69</sup>

Assim, a partir do momento em que esta lei afirma que as relações pessoais por ela tratadas independem de orientação sexual, isso significa que a lei admite a existência de famílias homoafetivas nas quais ocorra violência doméstica – e, se reconhece a violência doméstica homoafetiva, necessariamente reconhece a família homoafetiva normal, aquela na qual não ocorre a violência doméstica.<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm)>. Acesso em: 8 set. 2016.

<sup>67</sup> Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.

<sup>68</sup> Lei 11.340/06. BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm)>. Acesso em: 8 set. 2016.

<sup>69</sup> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

<sup>70</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10 (Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, out/nov.2007. Bimestral, p. 95

A Portaria nº 599<sup>71</sup>, de 19 de maio de 2008, expedida pelo Ministério da Educação, em seu artigo 6º, inciso I, define grupo familiar, “além do próprio candidato, o conjunto de pessoas residindo na mesma moradia do candidato que, cumulativamente sejam relacionadas ao candidato pelos seguintes graus de parentesco: a) pai; b) padrasto; c) mãe; d) madrasta; e) cônjuge; f) companheiro(a); g) filho(a); h) enteado(a); i) irmão(ã); j) avô(ó)”.

A família não está atrelada a casais formados por pessoas heterossexuais e a formalidades cartorárias, nem à celebração litúrgica religiosa ou civil.

[...] há que se aplicar os regimes jurídicos do casamento civil e da união estável aos casais homoafetivos, visto que estes formam a família oriunda da união amorosa, ou seja, a união entre duas pessoas que visam a uma vida em comum, com laços de companheirismo, mútua assistência e fidelidade ao projeto de vida comum que possuem.<sup>72</sup>

O afeto, a assistência mútua, o suporte recíproco, um projeto de vida permanente e duradouro são o que fazem nascer uma família. Vê-se, portanto, que a sua definição é tarefa complexa, tanto que

os contornos do conceito de família ainda estão longe de serem bem definidos. Se na Antropologia predomina a noção de família como grupo de pessoas ligadas por relações afetivas construídas sobre uma base de consanguinidade e aliança, durante muito tempo o pensamento sociológico foi dominado por uma representação de família como grupo conjugal coincidente com a unidade residencial. Esse modelo foi reforçado pelos estudos históricos, que descreviam a transformação de famílias que se supunha anteriormente mais extensas e que se nuclearizavam com a industrialização. Na Demografia, que se interessou pela família em seu papel mediador na reprodução, predominou o modelo da sociologia funcionalista, para a qual a família é definida com núcleo conjugal composto por casal e seus filhos, nos limites de um domicílio comum.<sup>73</sup>

Para melhor compreensão de família, faz-se necessário, portanto, uma análise multidisciplinar, tais como a sociologia, a psicologia, a antropologia, a filosofia e a teologia.

<sup>71</sup> Regulamenta o processo seletivo do Programa Universidade para Todos - ProUni referente ao segundo semestre de 2008.

<sup>72</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10 (Porto Alegre, Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, out/nov. 2007. Bimestral, p.114.

<sup>73</sup> BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem sociológica de família. *Revista brasileira de estudos de população*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 3, jan./jun. 1989, p. 9.

### 2.1.1. Conceito multidisciplinar

#### 2.1.1.1. Na teologia (sob a óptica da religião católica)

Para a religião católica, maioria no Brasil, a família decorre da união matrimonial entre homem e mulher, sendo indissolúvel essa união. É o que deflui do Novo Testamento. As encíclicas Papais, como a *Familiaris Consortio*, o Documento de Aparecida e os Documentos do Vaticano II, corroboram a assertiva acima aduzida. Ministra o Vaticano II: “A íntima comunidade de vida e de amor conjugal, fundada pelo Criador e dotada de leis próprias, é instituída por meio do contrato matrimonial, ou seja, com o irrevogável consentimento pessoal (Gaudium et Spes 48).”<sup>74</sup>

Para a Igreja, deve prevalecer o fundamento cristão do cresci e multiplicai<sup>75</sup>, que é o simbolismo do matrimônio, que dava supedâneo à sociedade patriarcal à época bíblica.

À união matrimonial é confiada a procriação, da qual são gerados filhos amados pelo casal.

Deste modo, por meio do ato humano com o qual os cônjuges mutuamente dão e recebem um ao outro, nasce uma instituição também à face da sociedade, confirmada pela lei divina. Em vista do bem tanto dos esposos e da prole como da sociedade, este sagrado vínculo não está ao arbítrio da vontade humana. O próprio Deus é o autor do matrimônio, o qual possui diversos bens e fins, todos eles da máxima importância, quer para a propagação do gênero humano, quer para o proveito pessoal e sorte eterna de cada um dos membros da família, quer mesmo, finalmente, para dignidade, estabilidade, paz e prosperidade de toda a família humana. Por sua própria natureza a instituição matrimonial e o amor conjugal estão ordenados para a procriação e educação da prole, que constituem a sua coroa (Gaudium et Spes 48).<sup>76</sup>

A mulher é tratada como objeto, conforme se extrai do Livro de Êxodos: “não cobiçarás, não desejarás a mulher, a escrava e o jumento do próximo”.

Outrora, o casamento era um acordo entre famílias. Hoje, depende do consentimento dos cônjuges, ou seja, a pessoa escolhe e decide com quem vai casar. Não há mais a

<sup>74</sup> Do latim, significa alegria e esperança. VATICANO II, Concílio Ecumênico. Gaudium Et Spes: I Parte, Capítulo 1: Matrimônio e Família. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1997 apud DUARTE, Pedro Pereira; BOFF, Clodovis. A Trindade Santa: Modelos Supremo da Família como Comunidade de Amor. *Caderno Teológico da PUCPR*, Curitiba, v.1, n.1, p.163-191, 2013. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/teologico?dd99=pdf&dd1=12252>>. Acesso em: 7 set. 2016.

<sup>75</sup> Lei do Levirato, na qual a mulher era obrigada a gerar filhos para a família do homem. Se ele morresse, ela teria que casar com o cunhado até procriar.

<sup>76</sup> VATICANO II, Concílio Ecumênico. Gaudium Et Spes: I Parte, Capítulo 1: Matrimônio e Família. 5. ed. São Paulo: Paulus, 1997 apud DUARTE, Pedro Pereira; BOFF, Clodovis. Op. cit.

imposição da família. Porém, isso não altera o dogma da Igreja, sendo apenas uma aceitação quanto à realidade atual da sociedade.

Para a Igreja,

a família cristã é uma comunhão de pessoas, vestígio e imagem da comunhão do Pai, do Filho e do Espírito Santo. Sua atividade procriadora e educadora é o reflexo da obra criadora do Pai. Ela é chamada a partilhar da oração e do sacrifício de Cristo. A oração cotidiana e a leitura da Palavra de Deus fortificam nela a caridade. A família cristã é evangelizadora e missionária.<sup>77</sup>

E,

a comunidade conjugal está fundada no consentimento dos esposos. O casamento e a família estão ordenados para o bem dos esposos, a procriação e a educação dos filhos. O amor dos esposos e a geração dos filhos instituem entre os membros de uma mesma família relações pessoais e responsabilidades primordiais.<sup>78</sup>

Para a Igreja Católica,

um homem e uma mulher unidos em casamento formam com seus filhos uma família. Esta disposição precede todo reconhecimento por parte da autoridade pública; impõe-se a ela (isto é, não depende da autoridade civil para se constituir) e deve ser considerada como a referência normal, em função da qual devem ser avaliadas as diversas formas de parentesco. [...] Ao criar o homem e a mulher, Deus instituiu a família humana e dotou-a de sua constituição fundamental. Seus membros são pessoas iguais em dignidade. Para o bem comum de seus membros e da sociedade, a família implica uma diversidade de responsabilidades, de direitos e de deveres.<sup>79</sup>

O amor na família é a manifestação do divino trinitário. É a imagem de Deus e da Santíssima Trindade.

O matrimônio “deve realizar um processo de grande comunhão entre duas pessoas, embasada no amor total e includente, e não fechado em si mesmo. É deste modo que se realiza o simbolismo trinitário.”<sup>80</sup>

Para o catolicismo, “uma família é sagrada, pois foi criada à imagem e semelhança de Deus, portanto é sagrada ou pelo menos deveria ser. Um lar santo, semelhante à intimidade

<sup>77</sup> VATICANO. Catecismo da Igreja Católica. Disponível em: <[http://www.vatican.va/archive/cathechism\\_po/index\\_new/indice\\_po.html](http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/indice_po.html)>. Acesso em: dia 8 set.2016.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> DUARTE, Pedro Pereira; BOFF, Clodovis. A Trindade Santa: Modelos Supremo da Família como Comunidade de Amor. *Caderno Teológico da PUCPR*, Curitiba, v.1, n.1, p.163-191, 2013, p 24. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/teologico?dd99=pdf&dd1=12252>>. Acesso em: 7 set. 2016.

trinitária deveria cultivar entre seus membros uma atmosfera repleta de muita graça, bondade, amor.”<sup>81</sup>

O afeto é elementar no seio familiar.

Assim o faz, por exemplo, João Paulo II, Carta Apostólica Familiaris Consortio (1981) e na Carta às Famílias (1994). Em ambos os documentos, enfaticamente se afirma que a família é uma comunidade de pessoas, fundada sobre o amor e animada pelo amor, cuja origem e meta é o divino.<sup>82</sup>

Entre suas paredes deveriam acontecer constantes atos de amor que embora possam ser de pequena duração, não deveriam ter limites de espaço nem de tempo. É a sacralidade do viver cotidiano que emana do coração daqueles que representam os “ministros do matrimônio”, aqueles que se vestem da sacralidade dos atos e gestos, conforme o proceder plenamente humano. Estes gestos acabam se inserindo na potencialidade do amor ampliando-a. Esse amor, como uma fornalha que nunca perde o seu poder, aumenta sempre mais, e uni todos em um só ser como o é a trindade.<sup>83</sup>

A relação interpessoal também é elemento do conceito de família.

Na Familiaris Consortio predomina, curiosamente, a dimensão de relação sobre a dimensão de instituição. Define-se a família “por um complexo de relações interpessoais – relação conjugal, paternidade-maternidade, filiação, fraternidade – mediante as quais cada pessoa humana é introduzida na família humana”.<sup>84</sup>

Assim, “os cônjuges, como pai e filho, esposo e esposa, mãe e pai, na função da mente da vontade, das obras, dos sentimentos, da operosidade, a exemplo da Trindade deveriam se fundir e se tornam um só, na plenitude e na totalidade. Esta fusão é sempre viva, eficaz, profunda, ativa. E é amor.”<sup>85</sup>

São estas relações interpessoais que fazem dela uma comunidade de pessoas: “A família, fundada e vivificada pelo amor, é uma comunidade de pessoas: dos cônjuges, dos pais e dos filhos, dos parentes”. A comunhão caracteriza a família: “A lei do amor conjugal é comunhão e participação, não a dominação”, valores que fazem da família, como bem o diz o Catecismo da Igreja Católica “um símbolo e imagem da comunidade do Pai e do Filho no Espírito Santo”, a “Igreja doméstica”.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Ibid., p.24.

<sup>82</sup> BOFF, Leonardo. *A família entre utopia e realidade: uma reflexão teológica*. 14 mar. 2014. Disponível em: <<https://leonardoboff.wordpress.com/2014/03/14/a-familia-entre-utopia-e-realidadeuma-reflexao-teologica/>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

<sup>83</sup> DUARTE, Pedro Pereira; BOFF, Clodovis. A Trindade Santa: Modelos Supremo da Família como Comunidade de Amor. *Caderno Teológico da PUCPR*, Curitiba, v.1, n.1, p.163-191, 2013, p24. Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/teologico?dd99=pdf&dd1=12252>>. Acesso em: 7 set. 2016.

<sup>84</sup> Familiaris Consortio, n. 15 apud BOFF, Leonardo. *A família entre utopia e realidade: uma reflexão teológica*. 14 mar. 2014. Disponível em: <<https://leonardoboff.wordpress.com/2014/03/14/a-familia-entre-utopia-e-realidadeuma-reflexao-teologica/>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

<sup>85</sup> DUARTE, Pedro Pereira; BOFF, Clodovis. Op. cit., p.19.

<sup>86</sup> BOFF, Leonardo. Op. cit.

Porém, considerando os valores cristãos e os dogmas da Igreja Católica, atualmente a família passa por degradação face à igualdade e independência dos cônjuges, a transmissão de valores<sup>87</sup>, o divórcio, o aborto e os métodos contraceptivos.

Corroboram ainda para essa degradação, repita-se, sob a ótica da Igreja, o reconhecimento de entidades familiares distintas do casamento, as técnicas de reprodução humana e a emancipação da mulher e seu trabalho fora do lar.

Diante do surgimento ao redor do mundo, nos últimos anos, de diversas leis e propostas legislativas relativas à criminalização da homofobia, o Vaticano – que distingue entre atos homossexuais e tendências homossexuais, dando-lhes tratamento diverso para efeito de aceitação nos Seminários e Santos Ofícios –, através da Congregação para a Doutrina da Fé, editou diretrizes, denominadas *Some considerations concerning the response to legislative proposals on the non-discrimination of homosexual persons* (Algumas considerações acerca da resposta às propostas legislativas sobre a não-discriminação de pessoas homossexuais), no sentido de que tais iniciativas legislativas, mesmo onde parecem mais dirigidas ao apoio dos direitos civis básicos do que à tolerância para com a atividade homossexual ou para com o estilo de vida homossexual, podem ter um impacto negativo na família e na sociedade. Após discorrer sobre os fundamentos pelos quais rejeita leis e projetos de lei que criminalizam a homofobia, o texto encerra com a declaração de que “a Igreja tem a responsabilidade de promover a vida familiar e a moralidade pública de toda a sociedade civil sobre as bases dos valores morais fundamentais, não simplesmente para proteger a si mesma da aplicação de leis prejudiciais”.<sup>88</sup>

Vê-se, portanto, que a Igreja Católica consagrou, sob as bênçãos de Deus, a união entre homem e mulher, sendo o casamento sagrado e indissolúvel.

### 2.1.1.2. Na sociologia

Para a sociologia, a família é um fenômeno social presente em todas as culturas, e suas características refletem a sociedade de seu tempo.<sup>89</sup> A família, é certo, sofre influência cultural, política e econômica do meio em que está inserida.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> As transformações técnicas criam uma nova cultura, influenciando nos hábitos, valores, costumes e comportamentos das pessoas.

<sup>88</sup> BOMFIM, Silvano Andrade. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), n. 18, p. 71-103, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo\\_Silvano\\_Andrade\\_do\\_Bomfim\\_\(Homossexualidade\\_Direito\\_e\\_Religio\\_da\\_Pena\\_de\\_Morte\\_a\\_Uniao\\_Estavel\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bomfim_(Homossexualidade_Direito_e_Religio_da_Pena_de_Morte_a_Uniao_Estavel).pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2016, p. 90-91.

<sup>89</sup> RIBEIRO, Paulo Silvino. Família: não apenas um grupo, mas um fenômeno social. *Brasil Escola*. Disponível em: <<http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/familia-nao- apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

<sup>90</sup> LEVY, Laura Affonso da Costa. *Família constitucional, sob um olhar da afetividade*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7438](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7438)>. Acesso em: 18 dez. 2016.



Na sociologia, “a família é um dos lugares privilegiados de construção social da realidade, ela constitui o material de que se constroem os arquétipos sociais, os mitos. A família é também um dos atores sociais que contribuem para definir as formas e sentidos da própria mudança social”.<sup>91</sup>

É certo que os grupos familiares não possuem regras e convenções uniformes, uma vez que dependem dos costumes de uma determinada sociedade. Ressalte-se, ainda, o vínculo direto com os códigos morais, que são construídos socialmente com o decorrer do tempo.

Tanto é verdade, que o padrão cultural é que vai determinar as relações familiares fulcradas na monogamia ou na bigamia, bem como a autoridade familiar, se patriarcal, matriarcal ou paternal.

A família patriarcal, que se afirmou no contexto da cultura rural, entrou em colapso há tempo. Os modelos de comportamento que regulamentavam as relações entre os sexos e as relações de parentesco foram abandonados, ainda que, em algumas regiões e nas classes sociais menos escolarizadas e menos expostas à influência da cultura atual, possam ser reconhecidas sobrevivências de valores e de comportamentos passados que, no entanto, não gozam mais de legitimidade social, sendo reduzida a possibilidade que se reproduzam nas novas gerações.<sup>92</sup>

Para Anthony Giddens, citado por João Carlos Petrini, a família emerge como “o local para as lutas entre a tradição e a modernidade, mas também uma metáfora para elas”.<sup>93</sup>

Quanto a esse tipo de autoridade,

na família nuclear tradicional, o chefe da família é quem concentra o poder, e os outros membros da família são subordinados a ele. Esse tipo de família provém do modelo patriarcal. O modelo de família patriarcal é baseado na hierarquia. A figura principal é a do “pater famílias”, ao qual todos devem respeito e obediência. Assim, a mulher é subordinada ao poder do marido e os filhos subordinados ao poder do pai. Neste ponto, as principais obrigações da mulher é atender as necessidades do marido e dos filhos, ou seja, necessidades domésticas, sexuais e afetivas. No entanto, o processo de individuação das últimas décadas, como o trabalho assalariado individual e a expansão da escolaridade, relacionado às transformações econômicas, comprometeu a autoridade patriarcal. Desse modo, esse modelo começa a declinar quando a unidade importante torna-se o indivíduo e não mais a família. Ou seja, quando a base de subsistência não decorre mais da propriedade da terra e sim da venda da força de trabalho. Dessa forma, essa dominação patriarcal

<sup>91</sup> PIZZI, Maria Letícia Grecchi. Conceituação de família e seus diferentes arranjos. *Ensino de Sociologia em Debate*. Revista Eletrônica: LENPES-PIBID de Ciências Sociais, UEL. n. 1, v. 1, p. 1-9, jan.-jun. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/lenpes-pibid/pages/arquivos/1%20Edicao/1ordf.%20Edicao.%20Artigo%20PIZZI%20M.%20L.%20G.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016, p. 2.

<sup>92</sup> PETRINI, João Carlos. Mudanças sociais e familiares na atualidade: reflexões à luz da história social e da sociologia. *Memorandum*, 8, p. 20-37, 2005. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/artigos08/petrini01.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

<sup>93</sup> GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 63 (Original publicado em 1999) apud PETRINI, João Carlos. Op. cit.

também entra em declínio com os processos de urbanização e com a mudança da posição social da mulher.<sup>94</sup>

### Vale assinalar que

vinculada à família nuclear, encontra-se a família extensa, a qual expande a primeira verticalmente ao acrescentar membros de outras gerações, podendo ter composições diversas. Podemos citar também a poligamia, que irá expandir horizontalmente a unidade nuclear ao acrescentar um ou mais cônjuges. Diferentemente das anteriores, a família intitulada monoparental é composta por um dos pais e os filhos. No Brasil o caso mais comum é o de família monoparental constituída por mulheres. Outro caso de enorme relevância sociológica são as famílias homoparentais, que são aquelas cujos adultos se autodesignam como homossexuais e são, não necessariamente, pai ou mãe de uma criança<sup>95</sup>.

Na família patriarcal, a autoridade (o *pater*) está no homem sobre a família inteira. O capitalismo e os movimentos sociais feministas fizeram com que a mulher passasse a ter um papel decisório nas questões familiares. Ademais, as guerras também contribuíram para que as mulheres, então viúvas, passassem a ter a autoridade sobre os filhos.

Na família paternal, a igualdade de gêneros, juridicamente consolidada, passa a ter relevância nas relações familiares.

O valor da igualdade foi progressivamente assimilado ao cotidiano da convivência familiar, dando origem a formas mais democráticas e igualitárias de partilhar tarefas e responsabilidades entre marido e mulher. São abandonados os modelos tradicionais que atribuíam o primado ao marido, reservando para as mulheres tarefas prevalentemente domésticas, mas não emergem novos modelos familiares que tenham uma validade universalmente reconhecida e aceita.<sup>96</sup>

Hodiernamente, o relacionamento entre pais e filhos está mais franco e aberto ao diálogo, tendo os pais, de forma igual, papel importante na educação, na orientação e nas decisões que digam respeito aos filhos. Há uma participação ativa de ambos no cotidiano dos filhos.

Porém, João Carlos Petrini adverte que

a exigência de satisfação no presente colocou em questão o ideal do sacrifício individual para o bem da família. O limite da disponibilidade individual ao sacrifício

<sup>94</sup> PIZZI, Maria Letícia Grecchi. Conceituação de família e seus diferentes arranjos. *Ensino de Sociologia em Debate*. Revista Eletrônica: LENPES-PIBID de Ciências Sociais, UEL, n. 1, v. 1, p. 1-9, jan.-jun. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/lenpes-pibid/pages/arquivos/1%20Edicao/1ordf.%20Edicao.%20Artigo%20PIZZI%20M.%20L.%20G.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016, p. 3-4.

<sup>95</sup> Ibid., p.5.

<sup>96</sup> PETRINI, João Carlos. Mudanças sociais e familiares na atualidade: reflexões à luz da história social e da sociologia. *Memorandum*, 8, p. 20-37, 2005. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/artigos08/petrini01.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

para o bem do outro ficou mais baixo, sendo mais rapidamente alcançado o ponto de saturação no relacionamento conjugal. A independência econômica dos cônjuges configura uma responsabilidade familiar mais compartilhada e uma posição social igualitária e, ao mesmo tempo, facilita a ruptura do vínculo familiar, quando a convivência não é mais fonte de satisfação e de prazer.<sup>97</sup>

E conclui afirmando que

os aspectos “objetivos” da convivência familiar cedem o passo a aspectos “subjetivos”, por definição mais instáveis e flutuantes, decorrentes do dinamismo que as relações familiares assumem no mundo moderno. Verifica-se uma desinstitucionalização da família, no sentido de considerá-la como uma realidade privada, relevante apenas para o percurso existencial dos próprios membros. Prevalece a legitimação da família como grupo social expressivo de afetos, emoções e sentimentos, diminuindo o seu significado público. Reduz-se, assim, a importância da família como instituição, assentada na dimensão jurídica dos vínculos familiares.<sup>98</sup>

Na verdade,

o que está em declínio é a ideia de uma família composta por um casal heterossexual na qual, enquanto a mulher se restringe à esfera privada dedicando-se exclusivamente aos afazeres domésticos, ao homem cabe a esfera pública, da rua, do mundo do trabalho. Neste padrão tradicional de família, a união entre os cônjuges era marcada, predominantemente, pela cerimônia religiosa do casamento, independentemente da religião, fato que contrasta com as uniões muito frequentes e pouco duradoras de agora, consequência direta do temor em relação ao compromisso mais sério, principalmente pelos jovens. Também como sinal dessa reformulação dos padrões e arranjos familiares estão as famílias que se iniciam com casais homossexuais, o que acaba por gerar polêmica não apenas pelo fato da união em si (dados o preconceito e a intolerância existentes), mas também quando se cogita a adoção de crianças por eles, uma vez que no imaginário de boa parte das pessoas prevalece a ideia de uma família na qual os pais têm sexos diferentes. Nestes novos padrões familiares, além da conquista de uma maior independência pelas mulheres (em vários aspectos), elas casam-se e tornam-se mães agora com mais idade, além de terem um número de filhos extremamente reduzido quando comparado aos níveis de décadas passadas.<sup>99</sup>

Com isso, aquele retrato da família padrão “Doriana”<sup>100</sup> não existe mais na sociedade.

Na verdade, tornou-se apenas uma das entidades familiares.

As mudanças ocorridas na sociedade quanto às entidades familiares provocaram transformações, também, nas escolas. Atualmente, muitos colégios não comemoram o dia dos pais e das mães, mas o dia da família.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> RIBEIRO, Paulo Silvino. Família: não apenas um grupo, mas um fenômeno social. *Brasil Escola*. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/familia-nao- apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

<sup>100</sup> Antiga propaganda televisiva em que se mostrava um belo casal heterossexual, acompanhando dos filhos (a família perfeita, inclusive, quanto ao gênero dos filhos), sentados à mesa do café da manhã, todos sorridentes e felizes.

Vale mencionar que hoje a maternidade é mais tardia devido às aspirações profissionais e pessoais. E é de se notar que

umentam as separações e os divórcios, os jovens casam mais tarde, em comparação há duas décadas atrás, diminui também significativamente o número dos casamentos, aumenta o número de famílias reconstituídas, as uniões de fato, as famílias monoparentais e as chefiadas por mulheres (Berquó, 1998). As tarefas educativas e de socialização são cada vez mais compartilhadas com outras agências, públicas ou privadas (Goldani, 1994). As mudanças são de tal magnitude e influenciam de tal maneira a família que esta parecia desaparecer. É dos anos 70 o livro de Cooper (1994), que anunciava “a morte da família”.<sup>101</sup>

Nesse sentido, também,

ao longo das últimas décadas o debate sobre a crise da família, no Ocidente, foi propiciado pelos efeitos da generalizada aceitação social do divórcio, do declínio da instituição do casamento e da baixa taxa de fecundidade. Esses acontecimentos tanto indicaram a compreensão de que se delinear a o enfraquecimento da família, quanto sugeriram a análise do surgimento de novos modelos familiares, caracterizados, por sua vez, pelas mudanças nas relações entre os sexos e as gerações, tais como: controle mais intenso da natalidade, autonomia relativa da sexualidade referente à esfera conjugal (posto que o exercício da atividade sexual deixa de estar circunscrito à esfera do matrimônio), inserção massiva da mulher no mercado de trabalho, questionamento da autoridade paternal, atenção ao desenvolvimento das necessidades infantis e dos idosos, entre outras.<sup>102</sup>

É certo considerar que

se a família é a base ou início do processo de socialização dos indivíduos, o que se torna fundamental é que ela seja estruturada de tal forma que o relacionamento entre seus integrantes seja pautado na harmonia e respeito entre seus pares, dada a importância e influência que tal grupo exerce na vida de cada um.<sup>103</sup>

Na sociedade brasileira, a família atual tem como regra ser nuclear. Assim, pais e filhos vivem numa casa separados dos demais membros de suas respectivas famílias. Numa parte significativa dessas casas, o marido trabalha fora do lar, sendo o líder do grupo. A esposa exerce os papéis de mulher, dona de casa e mãe. Noutras casas, é comum, também, a mulher exercer uma profissão fora do lar.

<sup>101</sup> PETRINI, João Carlos. Mudanças sociais e familiares na atualidade: reflexões à luz da história social e da sociologia. *Memorandum*, 8, p. 20-37, 2005. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/artigos08/petrini01.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

<sup>102</sup> SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Trad. Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792008000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792008000300014)>. Acesso em: 9 set. 2016.

<sup>103</sup> RIBEIRO, Paulo Silvino. Família: não apenas um grupo, mas um fenômeno social. *Brasil Escola*. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/familia-nao- apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

É claro que esse modelo não é rígido e, por isso, pode sofrer alteração pela inclusão de parentes ou agregados, vez que a mutabilidade é a característica da família.

Por fim, a família matriarcal. Nesta, a mulher exerce o papel de chefia na família. Trata-se de um modelo familiar muito comum na sociedade brasileira.

Pode decorrer do fim do relacionamento ou da viuvez. Naquele, a mulher detém a guarda dos filhos em decorrência da separação, divórcio ou dissolução da união estável. Na viuvez, por óbvio, decorre do falecimento do companheiro ou cônjuge.

Considera-se, ainda, família matriarcal aquela em que há a inversão do papel dos cônjuges. A mulher exerce trabalho fora do lar, sendo a líder do grupo. O marido ou companheiro exerce o papel de homem de casa e pai.

### 2.1.1.3. Na filosofia

Para a filosofia, a família é a principal forma de organização do ser humano, que tem como base os laços de parentesco derivados de um vínculo reconhecido socialmente, como o casamento, e de consanguinidade, como a filiação.

Há consenso de que a sociedade humana foi precedida por sociedades sub-humanas, por hordas de primatas, de que a espécie humana provém. É muito interessante a tese de Levi-Strauss que caracteriza a passagem da natureza para a cultura, das hordas sub-humanas à sociedade humana propriamente dita, pela constituição da família. Quando o grupo deixou de ser horda promíscua, sob os caprichos de um macho dominante e se constituiu em unidades exógamas, organizadas sob uma norma que, proibindo o incesto, punha as mulheres de um grupo à disposição de outros grupos, assim a relação de pais e filhos, de irmãos e irmãs se pôde estabelecer; e, por mecanismos de aliança, os grupos consanguíneos puderam ir tecendo a tela de sociedades cada vez mais numerosas e complexas. O ser humano é fruto dessa organização cultural que lhe faz ter um pai e uma mãe, que tem deveres para com eles aos quais deve respeito e obediência, dos quais recebe não só a vida biológica, mas também as normas e aquisições da cultura e da sociedade. E é um ser que tem irmãos, não somente pessoas do mesmo sexo ou de outro sexo, ao seu redor, da mesma geração, mas seres unidos por laços de educação comum, de obrigações de partilha, por laços afetivos e de cooperação generalizada. É um ser que tem parentes (consanguíneos, aliados) e, desde cedo, aprende que as relações para com os outros define seu ser, sua vida, seu status.<sup>104</sup>

A esse respeito, Ralph Linton, citado no artigo *A Família: uma abordagem filosófica*, defende que, na verdade, a família humana “se parece mais com unidades como ordens

<sup>104</sup> A FAMÍLIA: uma abordagem filosófica. Disponível em: <[http://www.unicap.br/Pe\\_Paulo/documentos/a\\_familia.pdf](http://www.unicap.br/Pe_Paulo/documentos/a_familia.pdf)>. Acesso em: 9 set. 2016.

monásticas ou corporações artesanais, do que com o remoto grupo biológico que lhe deu origem”.<sup>105</sup>

Já Hegel, citado por Fernanda Joos Black e Josemar Sidinei Soares, aponta que a família tem origem no casamento, tendo como elemento subjetivo o amor.

Na família, para ele,

cada indivíduo é autoconsciente da própria individualidade inserida na unidade familiar, o que o torna um membro, não uma pessoa individual por si mesma. Seus membros, desse modo, estão unidos por um sentimento natural, o amor. Essa unidade espiritual determinada o caráter da família como uma esfera de unidade e proteção de seus membros.<sup>106</sup>

Segundo Fernanda Joos Blank e Josemar Sidinei Soares, Hegel afirma que a família possui três momentos no seu desenvolvimento: o casamento, o patrimônio e os filhos. O principal objetivo de Hegel com a estrutura familiar é fornecer uma base ética para o Estado.

Para melhor esclarecer, os autores ainda analisam o pensamento de Hegel, o qual aponta que

a família, enquanto tal completa-se no desenvolvimento de seus momentos, os quais são: primeiramente, o seu conceito imediato, o casamento; a sua exteriorização na sociedade, por meio do patrimônio e dos bens familiares; e, por fim, a formação dos filhos para o convívio como indivíduos singulares na sociedade civil e cidadãos do Estado o que acarreta a dissolução dessa instituição.<sup>107</sup>

Por sua vez, "o patrimônio familiar, segundo momento da família, é exteriorizada por meio da propriedade."<sup>108</sup> Nesse sentido, “A produção, a conservação e o usufruto dos bens concernem ao carecimento e pertencem ao desejo vital; decerto, a família é inconcebível sem a propriedade familiar que a determina como uma totalidade substancial [...]”.<sup>109</sup>

Para Hegel, citado por Fernanda Joos Blank e Josemar Sidinei Soares,

o patrimônio tem um significado muito mais importante na família, atende a seu papel ético enquanto utilizado para prover o sustento e o cuidado de seus membros. Portanto, o patrimônio familiar é comum a todos os seus membros, entretanto, o

<sup>105</sup> LINTON, Ralph. O Homem: uma introdução à Antropologia. Trad. L. Vilela. 10 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1976 apud A FAMÍLIA: uma abordagem filosófica. Disponível em: <[http://www.unicap.br/Pe\\_Paulo/documentos/a\\_familia.pdf](http://www.unicap.br/Pe_Paulo/documentos/a_familia.pdf)>. Acesso em: 9 de set. 2016.

<sup>106</sup> HEGEL, G.W.F. Lineament di filosofia del diritto. Trad. Francesco Messineo. Roma-Bari: Ed. Laterza, 1996 apud BLANCK, Fernanda Joos; SOARES, Josemar Sidinei. *A primeira raiz ética do estado hegeliano: a família*. Disponível em: <[www.unicentro.br/pesquisa/anais/seminario/pesquisa2008/pdf/artigo\\_451.doc](http://www.unicentro.br/pesquisa/anais/seminario/pesquisa2008/pdf/artigo_451.doc)>. Acesso em: 22 dez. 2016.

<sup>107</sup> BLANCK, Fernanda Joos; SOARES, Josemar Sidinei. Op. cit.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> HYPOLITE, Jean. Gênese e estrutura da fenomenologia do espírito de Hegel. Trad. Silvio Rosa Filho. São Paulo: Discurso Editorial, 1999, p. 365 apud BLANCK, Fernanda Joos; SOARES, Josemar Sidinei. Op. cit.

homem, representante da família na sociedade, é o responsável pelo gerenciamento dos bens familiares.<sup>110</sup>

Com os recursos do patrimônio, os filhos têm o direito de receber educação e serem disciplinados para a vida fora da família. Assim, “a educação dos filhos é de extrema importância, visto que são formados para a vida ética, elevá-los da imediatez natural da família à autonomia. A família caminha para a sua dissolução com a educação dos filhos”.<sup>111</sup>

Para Aristóteles,

a família compõe-se de quatro elementos: os filhos, a mulher, os bens, os escravos; além, naturalmente, do chefe a que pertence a direção da família. Deve ele guiar os filhos e as mulheres, em razão da imperfeição destes. Deve fazer frutificar seus bens, porquanto a família, além de um fim educativo, tem também um fim econômico. E, como ao Estado, é-lhe essencial a propriedade, pois os homens têm necessidades materiais. No entanto, para que a propriedade seja produtora, são necessários instrumentos inanimados e animados; estes últimos seriam os escravos.<sup>112</sup>

Para o autor, o Estado deve legislar sobre família e educação, fixando idade para o casamento e controle de natalidade. Assim, convinha “fixar o casamento das mulheres nos dezoito anos, e o dos homens nos trinta e sete, ou pouco menos. Assim a união será feita no momento do máximo vigor e os dois esposos terão um tempo pouco mais ou menos igual para educar a família, até que cessem a ser próprios à procriação” (Política, 4,c.14, § 6).<sup>113</sup>

E ele defendia que:

Quanto a saber quais os filhos que se devem abandonar ou educar, deve haver uma lei que proíba alimentar toda a criança disforme. Sobre o número dos filhos (porque o número dos nascimentos deve sempre ser limitado), se os costumes não permitem que os abandonem e se alguns casamentos são tão fecundos que ultrapassem o limite fixado de nascimentos, é preciso provocar o aborto, antes que o feto receba animação e a vida; com efeito, só pela animação e vida se poderá determinar se existe crime (Política, 4,c.14, § 10).<sup>114</sup>

<sup>110</sup> HEGEL, G.W.F. Lineament di filosofia del diritto. Trad. Francesco Messineo. Roma-Bari: Ed. Laterza, 1996 apud BLANCK, Fernanda Joos; SOARES, Josemar Sidinei. *A primeira raiz ética do estado hegeliano: a família*. Disponível em: <[www.unicentro.br/pesquisa/anais/seminario/pesquisa2008/pdf/artigo\\_451.doc](http://www.unicentro.br/pesquisa/anais/seminario/pesquisa2008/pdf/artigo_451.doc)>. Acesso em: 22 dez. 2016.

<sup>111</sup> BLANCK, Fernanda Joos; SOARES, Josemar Sidinei. Op. cit.

<sup>112</sup> Aristóteles. *Política*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/paulosergio/politica.html>>. Acesso em: 9 set. 2016.

<sup>113</sup> Ibid.

<sup>114</sup> Ibid.

Já para David Èmile Durkheim, a família é a instituição fulcral da sociedade, sendo uma parte importante da estrutura social.<sup>115</sup> O mesmo Durkheim mostrava a sua preocupação com os problemas importantes da mudança na família e a perda das suas funções.<sup>116</sup> O autor “categorizou os laços familiares, distinguindo-os como pais, filhos e parentes de sangue”.<sup>117</sup> Para ele, é o governo que deve regulamentar a família. A mencionada categorização dos laços de família definia: a) as relações consanguíneas; b) as relações de marido e mulher; c) as relações com os filhos; e d) as relações da família com o governo.<sup>118</sup>

Mais tarde, já na primeira metade da década de 70, estudos produzidos no contexto do movimento feminista europeu e norte-americano retomam o tema da família através da questão do trabalho doméstico, levantada como problema teórico no pensamento marxista. Alguns dos mais representativos trabalhos dessa corrente preocupam-se com a questão da produção doméstica ou, mais especificamente, com o papel do trabalho doméstico para a reprodução da força de trabalho para o capital. Segundo essa vertente do marxismo, a família seria um grupo social voltado para a reprodução do trabalho, no qual os membros do sexo feminino se encarregariam da produção de valores de uso na esfera privada, cabendo aos homens a produção de valores de troca, através das mercadorias adquiridas no mercado em produtos consumíveis individualmente pelos elementos do grupo, quanto a formação ou “produção” de novos e futuros trabalhadores (Benston, 1696; Dalla Costa, 1972; Seccombe 1973; Coulson Magas e Wainwright, 1975; Gardiner 1975; Himmelweit e Mohum, 1977).<sup>119</sup>

Quanto ao tema, Luc Ferry, citado por Gustavo Ramus, afirma que, atualmente, a família passa por grandes mudanças, como o casamento por amor e as relações familiares, principalmente com os filhos.

[...] a mudança mais notável que se pode ter hoje é o casamento por amor. Antes o casamento se dava por conveniência, ocorria por interesses econômicos e exercia esta função social. Hoje em dia, a maior parte dos casamentos é uma escolha marcada pela paixão. Antes, o casamento norteadado pelo sentimento era muito mal visto pela sociedade. Nessas sociedades a família tinha a função de preservação dos bens e da honra, e não tinham, portanto, a função afetiva como primordial.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> LEAL, Filipe de Freitas. A família segundo Durkheim. Estudos académicos. 2015. Disponível em: <<http://obloghumanista.blogspot.com.br/2010/12/origens-david-emile-durkheim-nasceu-em.html>>. Acesso em: 22 dez. 2016, p. 3.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>118</sup> Ibid., p. 4

<sup>119</sup> BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem sociológica de família. *Revista brasileira de estudos de população*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 3, jan./jun. 1989, p. 3.

<sup>120</sup> FERRY, Luc. A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica. Trad. Véra Lucia dos Reis. São Paulo: Objetiva, 2012, p. 359 apud RAMUS, Gustavo. Amor sustentável. *Ecopolítica*, 3, p. 110-117, 2012, Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/ecopolitica/article/download/11392/8301>>. Acesso em: 17 dez. 2016. p.112.



## O autor ainda

aponta a transição de um casamento que se dá por uma imposição social para um casamento de livre escolha, uma conquista, mais precisamente uma reivindicação de direito. “Nem amor, nem escolha, mas em compensação, peso da comunidade e preocupação maior com a linhagem, a biologia, e a economia. Em resumo, é assim o casamento antigo. (...) Aliás, não sem razão: se não é mais a biologia, a linhagem ou a economia que decidem, e se, além disso, os indivíduos são livres para escolher uma vida que, evidentemente, não lhes é mais imposta, nem pela aldeia, nem por qualquer comunidade tradicional, por que motivo continuar recusar a adultos complacentes não apenas o direito à sexualidade, mas também ao amor?” (p. 88).<sup>121</sup>

## Quanto às relações familiares,

nas sociedades antigas os filhos eram tidos como mão de obra. Uma criança de sete anos já ajudava nos trabalhos de campo, ao passo que hoje teríamos outro tipo de investimento nas crianças e foi na educação que ocorreram grandes mudanças. Antigamente era comum aos pais entregarem seus filhos aos cuidados das amas, e também que muitos filhos não voltassem vivos para seus pais. Ferry volta a Montaigne quando este fala tranquilamente a um amigo que não sabia o número exato de filhos que morreram nas mãos das amas, e também ao caso de Rousseau, que abandonou seus cinco filhos. O que era comum naquela época hoje é inconcebível. A perda de um filho hoje jamais seria encarada de forma tranquila, com normalidade, como nos casos acima; pelo contrário, seria a pior tragédia que poderia acontecer a uma família...<sup>122</sup>

É cediço que, hodiernamente, as famílias “passam a se organizar em função das crianças. A preocupação com os filhos é o que determina também uma nova postura política predominante nos dias de hoje”.<sup>123</sup>

### 2.1.1.4. Na antropologia

Como já mencionado, família é palavra que não oferece um conceito definido para o Direito e também para a Antropologia. A família é dinâmica, uma vez que é uma instituição cultural e, destarte, modifica-se geográfica e historicamente. Portanto, o conceito de família traz uma noção eminentemente cultural.

A família, por ser processual, ou seja, estar em constante evolução, é uma criação humana mutável.

Em nossa sociedade, a família foi identificada como o modelo “padrão” nuclear, constituída pelo casal e seus filhos, que formam um grupo doméstico.

<sup>121</sup> RAMUS, Gustavo. Amor sustentável. *Ecopolítica*, 3, p. 110-117, 2012. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/ecopolitica/article/download/11392/8301>>. Acesso em: 17 dez. 2016, p.112.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p.113.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p.114.

Entretanto, a Antropologia demonstra que, em nossa sociedade, há modelos familiares diferentes do nuclear. Dentre eles, famílias constituídas por casal que não tem filhos; as famílias monoparentais; e os lares nos quais reside uma única pessoa.

O antropólogo francês Claude Lévi-Strauss defende três tipos de relação na família: a de casal, a de filiação e a de consanguinidade.

Para ele, a família nasce do casamento, passando, então, a haver cônjuges e filhos nascidos dessa união. Os seus integrantes mantêm-se unidos por laços legais, econômicos e religiosos, respeitam as proibições e privilégios sexuais e se encontram vinculados pelo amor, o afeto e o respeito.

O antropólogo francês é famoso, entre outras coisas, pelo seu estudo das relações de parentesco, apontando a importância do casamento nas sociedades tribais como mecanismo de circulação de bens, mulheres e palavras, e também meio para reafirmar ou afirmar “alianças políticas”.<sup>124</sup>

Já “para Atkinson a família é um sistema social uno, composto por um grupo de indivíduos, cada um com um papel atribuído e, embora diferenciados, consolidam o funcionamento do sistema como um todo.”<sup>125</sup>

Acerca do assunto, Eunice R. Durhan, citada por Cristina Bruschini, relata:

A literatura antropológica é rica em dados que contestam a aparente “naturalidade” da família e que a apresentam como criação humana mutável. A Antropologia mostra-nos que as relações muitas vezes coincidentes que conhecimentos atualmente em grupo conjugal, rede de parentesco, unidade doméstica/residencial podem se apresentar como instituições bastante diferenciadas em outras sociedades ou em diferentes momentos históricos. Para a Antropologia a família, tal como a conhecemos atualmente em nossa sociedade, não é uma instituição natural e assume configurações diversificadas em torno de uma atividade de base biológica, a reprodução. A família tem sido conceituada por esta disciplina como grupo de indivíduos ligados por elos de sangue, adoção ou aliança socialmente reconhecidos e organizados em núcleos de reprodução social. É um grupo de procriação e consumo, lugar privilegiado onde incide a divisão sexual do trabalho, em função da qual determina-se o grau de autonomia ou subordinação das mulheres. É essa ciência que nos fornece provas de que todas as sociedades se organizam em torno de uma divisão sexual do trabalho. A tendência de separar a vida social ou esfera pública, atribuindo-a aos elementos masculinos do grupo, de uma esfera privada ou doméstica, mundo feminino por excelência, parece ser universal.<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Ibid., p.113.

<sup>125</sup> BRITO, Laura Souza Lima e. Família e parentesco: Direito e antropologia. São Paulo: *Revista Discente 3 FGV*(red GV). São Paulo, Artigo 5, p. 76-92, jul/2013, p. 78-79.

<sup>126</sup> DURHAN, Eunice R. A família operária: consciência e ideologia. *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, 23 (2): 201-13, 1983 apud BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem sociológica de família. *Revista brasileira de estudos de população*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 3, jan./jun. 1989, p. 4.

Para a Antropologia, a divisão de tarefas baseada no sexo não é o único elemento que define a família. Há, também, o tabu do incesto, a proibição de relações sexuais entre parentes próximos e o casamento como instituição reconhecida socialmente.

A família, enquanto tema de estudo, está inserida na clássica discussão antropológica sobre estes conceitos. Se “a diferença homem-Natureza surge quando os humanos decretam uma lei que não poderá ser transgredida” e a proibição do incesto é identificada como uma dessas leis (CHAUI, 2000, p. 129), a família se encontra então num dos extremos dessa ponte. Nesse sentido, é primordial identificar a família como um ente cultural.<sup>127</sup>

Nesse sentido, Lévi-Strauss, citado por Cynthia Andersen Sarti, defende:

O que diferencia verdadeiramente o mundo humano do mundo animal é que, na humanidade, uma família não poderia existir sem existir a sociedade, isto é, uma pluralidade de famílias dispostas a reconhecer que existem outros laços para além dos consanguíneos e que o processo natural de descendência só pode levar-se a cabo através do processo social da afinidade.<sup>128</sup>

Para o filósofo e antropólogo belga Claude Lévi-Strauss,

a existência da família resulta de sua indagação sobre a recorrência de um fenômeno, que está em todas as sociedades, em todas as épocas, ainda que sob diferentes formas de organização, e cujas razões naturais não o explicam: é, então, na artificialidade da família, nas regras que a regulam, que Lévi-Strauss vai buscar a explicação para sua existência. O fundamento de sua explicação está na análise do tabu do incesto, esta regra severa e sagrada, que está no limiar entre a Natureza e a Cultura, revelando seu caráter natural em sua universalidade e, ao mesmo tempo, sua marca cultural, como regra. Constitui a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da aliança. O autor indaga, então, quais são as “causas profundas e onipresentes” que fizeram com que em todas as sociedades, em todas as épocas, existam regras que regulamentam a relação entre os sexos (1981, p. 27). O que torna o incesto perigoso para a ordem social?<sup>129</sup>

Quanto ao assunto, ainda,

a resposta aparece na dualidade da regra. Na interpretação do autor, o tabu do incesto constitui não apenas uma regra negativa, uma proibição, mas uma regra, ao mesmo tempo, positiva. O “não” contém um “sim”. A proibição de casar define, simultaneamente, regras de obrigações. Um homem não só não pode casar-se com sua irmã, como tem que dar sua irmã em casamento a outro homem, com quem cria relações, ao mesmo tempo em que recebe de outro homem, em troca, sua irmã, criando, a partir daí, relações. A proibição encerra em si, então, a reciprocidade.

<sup>127</sup> SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e gênero: Um estudo antropológico. *Mimesis*, Bauru, v. 32, n. 1, p. 29-41, 2011. Disponível em: <[http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis\\_v32\\_n1\\_2011\\_art\\_03.pdf](http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis_v32_n1_2011_art_03.pdf)>. Acesso em: 8 set. 2016.

<sup>128</sup> LÉVI-STRAUSS, C. A família. In: SPIRO, Melford et al. A família, origem e evolução. Porto Alegre: Vila Martha, 1980, p. 34 apud SARTI, Cynthia Andersen. *Parentesco e família*. Disponível em: <<http://integras.blogspot.com.br/2009/05/parentesco-e-familia.html>>. Acesso em: 8 set. de 2016.

<sup>129</sup> SARTI, Cynthia Andersen. *Parentesco e família*. Disponível em: <<http://integras.blogspot.com.br/2009/05/parentesco-e-familia.html>>. Acesso em: 8 set. de 2016.

Seguindo a formulação de Marcel Mauss (1974), a proibição constitui, assim, uma regra da dádiva, porque pressupõe receber em troca e, assim, implica regras recíprocas. As famílias podem casar entre si, mas não dentro de si mesmas. A renúncia, diz o autor, abre caminho para a reivindicação. Um homem renuncia à sua irmã na suposição de que outro homem também o fará, assim, sucessivamente, segundo Lévi-Strauss (1981).<sup>130</sup>

E conclui,

a família constitui-se, então, na dualidade entre a afirmação do que se pode e não se pode fazer, configurando um universo de regras, ao mesmo tempo, de prescrição e de proibição. Graças a esse duplo sentido da regra, institui-se a comunicação entre os homens, através da aliança. Assim, o que faz humana a família é que ela se constitui pela comunicação entre grupos. O que aparece como próprio à família, a reciprocidade, é, em realidade, o que define o social, concebido como um sistema de comunicação.<sup>131</sup>

Por sua vez, Frost e Hoebel indicam cinco formações elementares de família: a nuclear (chamada de natal-conjugal); a poligâmica (chamada natal-conjugal complexa); a conjunta (chamada de unilinear complexa); a consanguínea (chamada de grupo matrilateral); e as comunas.

A família nuclear

representa o estereótipo da “verdadeira família”, de modo que hoje, ao se referir à família, automaticamente vem à mente esse padrão (ARANHA, 1996, p. 58). Nesse modelo, todo indivíduo é membro de duas famílias, a primária ou natal, na qual ele é filho ou filha, e a secundária ou conjugal, em que ele é pai ou mãe. Este núcleo familiar é limitado, tanto no número de membros, como na sua duração. Assim, não é conveniente que um casal tenha mais filhos do que possa criar, bem como que o fundador sobreviva mais que duas gerações, pois poderá encontrar uma velhice desolada e solitária.<sup>132</sup>

Por sua vez, Frost e Hoebel, citados por Santiago e Feitosa, discorrem acerca do assunto:

a família natal-conjugal complexa consiste em dois ou mais segmentos de famílias natais-conjugais. Isso ocorre quando no interior da família natal-conjugal é permitida a poligamia, seja poligínica ou poliândrica. Poligamia significa casamentos múltiplos; nessas relações, a poliginia corresponde à forma de família na

<sup>130</sup> SARTI, Cynthia Andersen. *Parentesco e família*. Disponível em: <<http://integras.blogspot.com.br/2009/05/parentesco-e-familia.html>>. Acesso em: 8 set. de 2016.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Família e gênero: Um estudo antropológico. *Mimesis*, Bauru, v. 32, n. 1, p. 29-41, 2011. Disponível em: <[http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis\\_v32\\_n1\\_2011\\_art\\_03.pdf](http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis_v32_n1_2011_art_03.pdf)>. Acesso em: 8 set. 2016.

qual um marido tem mais de uma esposa ao mesmo tempo, e poliandria aquela em que uma mulher tem mais de um esposo ao mesmo tempo.<sup>133</sup>

### A família conjunta, também denominada unilinear complexa,

forma-se da junção de famílias natais-conjugais independentes em um mesmo espaço físico. Este modelo foi presente em metade das sociedades do mundo no século XIX. Em tribos africanas e asiáticas atuais que se fundamentam na linhagem também é possível identificar essa forma de organização familiar e social.<sup>134</sup>

### Nesse tipo familiar,

crescidos e casados os filhos homens, estes constroem suas casas próximas da de seus pais. O pai, como chefe da família, comanda todas as atividades e recebe toda produção em suas mãos para realizar os investimentos necessários. Enquanto o pai viver, os filhos têm pouca chance de acumular riquezas. Após a morte do fundador se inicia o processo de desintegração da família. Embora ela passe a ser comandada pelo filho mais velho do fundador, seus irmãos não são obrigados a colocar seus ganhos na propriedade. Quando esse líder morre, seu filho mais velho assume o comando da família, porém os irmãos de seu pai que se tornariam seus filhos são mais velhos que ele e não aceitam sua liderança. Desse modo, eles se separam para fundar, em outra parte, outra residência de família conjunta. A família tanala constitui a versão menor da família unilinear complexa.<sup>135</sup>

### A família consanguínea ou matrilateral

consiste de uma mulher, seu irmão e seus filhos ou de uma combinação conjunta de descendentes lineares de uma mulher. Os maridos que passam a integrar esse sistema são considerados como estranhos, como é o caso dos nativos dobus da Melanésia e dos Zuñis do Novo México. Segundo Frost e Hoebel (2006), o grupo matrilateral possui base econômica, visto que todas as propriedades pertencem às mulheres da casa ou do grupo.<sup>136</sup>

Por fim, “as comunas são grupos de pessoas que se unem como irmãos. Muitas vezes, a prática sexual é proibida aos seus membros. Essa comunidade sobrevive através da conversão adulta e da adoção de crianças. Exemplos de comunas são as ordens religiosas católicas”.<sup>137</sup> Verifica-se, portanto, não ser possível tipificar um modelo de família ideal ou correto.

<sup>133</sup> FROST, E. L.; HOEBEL, E.A. *Antropologia Cultural e Social*. 8 ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 209 apud SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. *Família e gênero: Um estudo antropológico*. *Mimesis*, Bauru, v. 32, n. 1, p. 29-41, 2011. Disponível em: <[http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis\\_v32\\_n1\\_2011\\_art\\_03.pdf](http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis_v32_n1_2011_art_03.pdf)>. Acesso em: 8 set. 2016.

<sup>134</sup> SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. Op. cit.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid..

<sup>137</sup> Ibid.

Da Antropologia extrai-se que, em diferentes épocas e lugares, a família sempre esteve presente, nos seus mais variados modelos.

Vale refrisar que a família é uma instituição cultural e em constante processo. No Brasil, portanto, a diversidade familiar decorre das mudanças ideológicas, políticas e sociais ocorridas no país e no mundo globalizado em que vivemos.

Assim, é possível afirmar que a família não se encontra em desestruturação, mas sim em mudança constante.

### 2.1.1.5. Na psicologia

Na psicologia, “Freud (s.d) mostrou que a mente não é algo previamente dado, mas sim uma estrutura construída na infância, através de um longo processo de formação da personalidade e de estabelecimento de vínculos afetivos e emocionais, que ocorre dentro da estrutura familiar”.<sup>138</sup>

Mas a obra de Freud é muito mais ampla: nela encontramos o ponto de partida para a apreensão da família como uma complexa teia de vínculos e de emoções, que se expressa simultaneamente através do ódio e do amor. Depois de Freud, os estudos de família não podem mais analisar as relações familiares sem levar em conta o nível psicológico das relações sociais que se passam em seu interior.<sup>139</sup>

O psicanalista Wilhelm Reich questiona a própria existência da família nuclear e faz uma relação da repressão, nela existente, com o autoritarismo do sistema sociopolítico.

[Ele] prioriza o aspecto de viveiro da repressão sexual e da educação autoritária da família monogâmica. Divergindo de Freud, para o qual o recalçamento sexual é condição da evolução da cultura. Reich afirma que a repressão sexual é um fator reacionário de grande importância, que atinge todas as categorias da sociedade de classes, produzindo em todos os indivíduos o receio da autoridade. Segundo ele, é na família que se fabricam ideologias autoritárias e estruturas conservadoras: por isso, o casamento monogâmico, que se baseia em interesses econômicos, deve ser substituído por relações sexuais permanentes, fundadas no interesse sexual, na atração e no afeto entre os parceiros.<sup>140</sup>

A psicologia trouxe o valor do indivíduo na família. Arakcy M. Rodrigues comenta que

o uso do conceito de família como unidade de análise só avançou quando esta passou a ser tomada como um grupo com uma dinâmica própria. Observa que é

<sup>138</sup> BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem sociológica de família. *Revista brasileira de estudos de população*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 4, jan./jun., 1989.

<sup>139</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 5.

preciso recuperar a noção de indivíduo dentro do grupo familiar: a família não pode ser vista como era somatória de pessoas, cada qual com sua individualidade, interagindo com mútuo conhecimento e com uma percepção coletiva de seu destino. A dimensão política presente na interação dos indivíduos dentro da família cristaliza-se na distribuição interna de papéis, que por sua vez reflete uma intrincada distribuição de privilégios.<sup>141</sup>

A família influencia a sociedade no plano econômico, com sua inserção no espaço socioeconômico, cultural, por meio de hábitos e valores, e no plano psicológico, nas relações individuais entre gêneros e as gerações.

## 2.2. Evolução legislativa

A Constituição de 1891 foi a primeira a reconhecer como família o núcleo derivado do casamento, em seu artigo 72 § 4º.<sup>142</sup> “E assim o Código Civil brasileiro de 1916 foi sistematizado de forma a reconhecer a família se, e somente se, originada do casamento e filiação dele decorrente, até porque precisava estar em conformidade com a Constituição vigente à época.”<sup>143</sup> Na Constituição de 1934, foi conferida especial proteção estatal à família derivada do casamento, consoante artigo 144.<sup>144</sup> A Constituição de 1937 manteve a proteção estatal à família e o caráter indissolúvel do casamento, com base no artigo 124.<sup>145</sup> Na Constituição de 1946, em seu artigo 163, “a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”.

Em 1967 a família continuou sendo estabelecida pelo casamento e recebia proteção dos poderes públicos.<sup>146</sup> Com a EC nº 09, de 1977, passou a ser permitida a dissolução do casamento por meio do divórcio.

A família era proveniente, portanto, apenas do casamento, considerada pelo Estado a instituição base da sociedade.

A Lei Maior de 1988 afirma, em seu artigo 226, que a família é a base da sociedade, gozando de especial proteção estatal, e define as entidades familiares por ela reconhecidas.<sup>147</sup>

<sup>141</sup> Ibid., p. 7.

<sup>142</sup> “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

<sup>143</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

<sup>144</sup> “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”

<sup>145</sup> “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”

<sup>146</sup> Art. 167 “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel.” Na CF de 1969, o artigo 175 trazia a mesma definição da Carta Magna anterior.

<sup>147</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade

Assim, a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, prescreve, no seu artigo 226, que “a família – base da sociedade – tem especial proteção do Estado”, tendo disposto ainda, no § 1º, que “o casamento é civil e gratuita a celebração”, para acrescentar, em seguida, no § 3º, 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 a sua conversão em casamento”, continuando no § 4º a dispor a respeito da comunidade familiar, também designada família natural na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.<sup>148</sup>

A atual Constituição Federal não fala que a família é constituída pelo casamento. Até porque a família permanece com o fim do casamento e independentemente da existência de filhos legítimos.

Família não tem como sua única forma aquela que advém do casamento, seja civil ou religioso com efeito civil. É apenas uma modalidade de constituir família.

A Constituição Federal de 1988 é hialina quanto ao reconhecimento de entidade familiar não decorrente apenas do casamento, como nas Constituições anteriores.

O direito positivo reconhece quatro espécies de grupos familiares: a) a família legítima, criada pelo casamento, e inteiramente disciplinada pelo legislador; b) a entidade familiar, decorrente da união estável entre homem e mulher, em que nenhuma das partes tenha vínculo matrimonial; c) a família natural, ou comunidade familiar, formada por ambos os genitores, ou apenas um deles, e seus descendentes; d) a família substitutiva, na qual a criança é colocada, na falta ou em lugar daquela em que nasceu, para receber melhores condições de vida, e na qual passa a desempenhar integralmente o papel de filho. Equiparadas as três primeiras pelo texto constitucional, para fins de proteção do Estado, a elas se juntou a última, pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, como parentesco civil disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>149</sup>

Não há hierarquia nas modalidades previstas na vigente Constituição, uma vez que possuem o mesmo valor jurídico e o mesmo traço comum, que é o afeto<sup>150</sup>. Parece haver uma preferência pelo casamento, “devendo a lei facilitar” a conversão da união estável em

---

formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

<sup>148</sup> MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v.2. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 6.

<sup>149</sup> *Ibid*, p. 9.

<sup>150</sup> “[...] a palavra afeto não está no texto constitucional. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora de tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a consitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.” DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 72-73.



casamento. O objetivo é oficializar uma união informal. É o Estado interferindo na vida privada das pessoas.

Por isso, a família decorrente do casamento é mencionada, primeiro, pela sua formalidade e publicidade, cujo objetivo é mostrar a todos o desejo de continuidade daquele núcleo formado também pelo afeto. Ademais, o casamento “se mostra mais organizado e protegido juridicamente.”<sup>151</sup>

O centro da Constituição Cidadã não é o casamento, mas sim a família e, principalmente, a dignidade de seus membros e o livre exercício de seus direitos fundamentais.

Repita-se, a Carta Democrática é enunciativa, já que novas formas de constituição de famílias passaram a ser admitidas, mesmo sem a expressa menção no texto Constitucional.<sup>152</sup> É a consagração de valores como a solidariedade, a afetividade e a fraternidade, garantindo, assim, o reconhecimento de grupos familiares, independentemente da forma adotada.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.<sup>153</sup>

E arremata que “a exclusão não está na Constituição, mas na interpretação”.<sup>154</sup>

Vê-se, portanto, que a Constituição Federal não faz qualquer distinção - como base da sociedade e com especial proteção do Estado - entre família formalmente constituída ou não, como também aquela formada por indivíduos heterossexuais ou homoafetivos.<sup>155</sup>

O casamento é formal e não há prova da estabilidade, tendo seu fim com o divórcio. A união estável, por sua vez, não é obrigatoriamente formal e chega ao seu término pela dissolução. Há diferença entre os institutos do casamento e da união estável, mas o objetivo é o mesmo: constituir família.

<sup>151</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 143.

<sup>152</sup> As entidades formadas por casais homoafetivos, as famílias unipessoais e as famílias pluriparentais.

<sup>153</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jan 2017.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre as entidades familiares descritas no seu artigo 226, que recebem proteção do Estado. Porém, há diferenças entre cada um dos institutos.

Visando à regulamentação do dispositivo constitucional, após o reconhecimento da união estável como entidade familiar, sobrevieram a Lei n. 8.971/94, que num primeiro momento somente disciplinou os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão, e a Lei n. 9.278/96, que expressamente quis regular o § 3º antes referido. Por não regulamentar todas as matérias de que a outra tratava, a lei posterior não revogou totalmente a lei anterior.<sup>156</sup>

A família monoparental não é subitem de família, é uma de suas modalidades previstas na Constituição Federal. Ademais, como entidade familiar, também não é um rebaixamento do *status* de família.

O Código Civil encampou todas as questões disciplinadas nas leis referidas, que deixaram de existir, com a exceção do direito real de habitação, que permaneceu assegurado no artigo 7º, da Lei 9.278/96.<sup>157</sup> O atual Código Civil de 2002 não trata da definição de família, porém, com fulcro na Constituição da República<sup>158</sup>, refere-se ao casamento e à união estável.

Quase que intuitivamente a família é identificada exclusivamente como a relação entre um homem e uma mulher constituída pelos sagrados laços do matrimônio. É tão arraigada essa ideia que a Constituição, ao assegurar proteção especial à família e ao casamento, nada diz sobre a diversidade do sexo do par. O Código Civil, quando trata do casamento, não exige que o casal seja formado por pessoas de sexo diferente. Assim na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento ao casamento homossexual.<sup>159</sup>

Como já aduzido, a Lei nº 11.340/06<sup>160</sup> trouxe uma nova definição sobre família, independentemente da orientação sexual da mulher, conceituando como família qualquer relação íntima de afeto.

<sup>156</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo de et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Coordenador Cesar Peluzo. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012, p. 2007.

<sup>157</sup> Que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

<sup>158</sup> Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

<sup>159</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 205.

<sup>160</sup> Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a

Importante assinalar que a família permanece mesmo com o fim do casamento e independentemente da existência de filhos legítimos.

### 2.3. Do pluralismo das entidades familiares

A Constituição Federal é enunciativa. Não há hierarquia e nem diferença de qualidade entre essas entidades. É tudo família. “Há igualdade entre os três tipos, não havendo primazia do casamento, pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade.”<sup>161</sup> E Paulo Luiz Netto Lôbo complementa que

além do princípio da igualdade das entidades, como decorrência natural do pluralismo reconhecido pela Constituição, há de se ter presente o princípio da liberdade de escolha, como concretização do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. Consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada.<sup>162</sup>

A nossa última Constituição Federal prevê, em seu artigo 226, que não é taxativo, a definição de família.

O casamento, seja ele civil ou religioso com efeito civil, é uma das modalidades de constituição da família, e não a única. Casamento civil, como extraído da Carta Constitucional, sem qualquer menção aos substantivos “homem” e “mulher”.<sup>163</sup>

Porém, o artigo 1.514<sup>164</sup> do Código Civil faz referência ao gênero, mas não impõe “a diversidade de sexo dos noivos como condição para a celebração do casamento”.<sup>165</sup> A interpretação desse artigo deve ser a mesma utilizada quando da equiparação da união estável homoafetiva, qual seja, de acordo com a Constituição Federal. Portanto, se a Lei Maior não faz referência ao casamento entre homem e mulher, não caberia à legislação inferior fazê-la.

---

Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

<sup>161</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 ja. 2017.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Artigo 226, da CF: § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

<sup>164</sup> “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.”

<sup>165</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 87.

Com a evolução da sociedade, e contando com respaldo judicial, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família, alargando-o para as uniões estáveis.<sup>166</sup>

A referência homem e mulher na união estável é para especial proteção desta, pela discriminação sofrida pelo não casamento. O objetivo da Constituição Federal foi assegurar esse reconhecimento. É certo que há diferença entre casamento civil e união estável<sup>167</sup>, mas o resultado é o mesmo: constituir família.

Família também se forma pelas relações monoparentais, constituídas por qualquer dos pais e um ou mais filhos.<sup>168</sup> Nem se alegue que o fato de constar a expressão “entidade familiar” tanto na união estável (§ 3º) como na monoparental (§4º) representa um rebaixamento do *status* de família e nem um subitem. Entidade familiar é sinônimo de família! Importante mencionar que não há diferença entre entidade familiar e família, elas são sinônimas.

Entidade familiar, o que é? Essa expressão trazida pela CF/88 vem designar aquilo que é família. Percebe-se aí uma certa timidez nessa designação. É como se não pudesse dizer que a união estável é também uma das formas de constituição de família. Diz-se, então, “entidade familiar”. Mas o que é isso a não ser família? Certamente o legislador constituinte não veio dizer que esta é uma forma menor de família.<sup>169</sup>

Daí o pluralismo das entidades familiares, derrubando o sentido de *numerus clausus* as tipificações estabelecidas na Constituição Federal.

O artigo 227 da Constituição Federal, por sua vez, prescreve os deveres da família.<sup>170</sup>

O centro da Constituição Federal de 1988, ao contrário da Carta anterior de 1967, não é o casamento, mas a família constituída pelo afeto e, principalmente, a dignidade de seus membros.

A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete,

<sup>166</sup> Artigo 226, § 3º, da Constituição Federal: 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.

<sup>167</sup> Apenas para ilustração: o casamento prova-se com a certidão, desfaz-se pelo divórcio. A união estável decorre da prova da estabilidade temporal e desfaz-se pela dissolução.

<sup>168</sup> O artigo 226, § 4º, da Constituição Federal: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>169</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável de acordo com o novo Código Civil*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 68.

<sup>170</sup> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estas suas causas originária e final, haverá família.<sup>171</sup>

Paulo Luiz Netto Lôbo complementa: “a afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque esse tipo de parentesco jamais se extingue.”<sup>172</sup>

A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Resta configurada a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada um deles. Ingressa na seara dos direitos fundamentais do indivíduo a liberdade para dispor da própria sexualidade, bem como o exercício da autonomia da vontade.<sup>173</sup>

Ao tratar da família, a Constituição Federal assegurou proteção ao indivíduo em suas estruturas de convívio, independentemente de sua orientação sexual.

Logo, a partir do momento em que a família contemporânea forma-se pelo amor familiar, que é o elemento valorativamente protegido pelas leis do casamento civil e da união estável, assim como considerando que as uniões homoafetivas são pautadas por este amor familiar (assim como as uniões heteroafetivas), então a isonomia impõe a aplicação da interpretação extensiva ou analogia a possibilitar o casamento civil e a união estável por casais homoafetivos, ante a ausência de motivação lógico-racional que justifique entendimento contrário.<sup>174</sup>

No dizer de Maria Berenice,

A Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, alcançando as uniões homoafetivas. Pela primeira vez foi consagrada, no âmbito infraconstitucional, a ideia de que a família não é constituída por imposição da lei, mas sim por vontade dos seus próprios membros<sup>175</sup>. Assim, se família é a união entre duas mulheres, igualmente é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se encontrem ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os outros fins impõe-se este

<sup>171</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O julgamento no STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-58, p. 56.

<sup>174</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10, Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Bimestral, p. 106.

<sup>175</sup> Vale esclarecer a expressão “por vontade própria dos seus membros e não imposição legal”, vez que o artigo 5º, incisos II e III, prescrevem que “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;” e “em qualquer relação íntima de afeto...”.

reconhecimento. Basta invocar o princípio da igualdade. A entidade familiar ultrapassa os limites da previsão jurídica para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto.<sup>176</sup>

Vê-se, portanto, que há lei conceituando entidade familiar, não importando a orientação sexual de seus partícipes.

---

<sup>176</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 216.

### 3 HOMOSSEXUALIDADE

Homossexualismo, segundo o Grande Dicionário Houaiss<sup>177</sup>, significa “a prática de relação amorosa e/ou sexual entre indivíduos do mesmo sexo. A sua etimologia vem de homossexual + -ismo; ver hom(o)- e sex(i/o)-; f. hist. 1899 homòsexualismo, 1913 homossexualismo”.

No princípio, chamava-se “sodomia” as relações de pessoas do mesmo sexo. Seguiu-se a expressão “homossexualismo”, que foi afastada por significar “desvio ou transtorno sexual”. O sufixo “ismo” utilizado para identificar doença foi substituído por “dade”, que quer dizer “um modo de ser”. Assim, surgiu a palavra “homossexualidade”, que, na Classificação Mundial de Doenças – CID, passou a nominar: “transtorno da preferência sexual”.<sup>178</sup>

Homossexualismo, o sufixo “ismo”, significa doença. Homossexual, de acordo com o mesmo dicionário, é

relativo à homossexualidade < pessoa com tendências h. >, que denota homossexualidade < comportamento h. > ; adjetivo e substantivo de dois gêneros; que ou aquele que sente atração sexual e/ou mantém relação amorosa e/ou sexual com indivíduo do mesmo sexo. Vem de hom(o)- + sexual; ver sex(i/o)-; f.hist. 1899 homòsexual, 1913 homossexual.<sup>179</sup>

Segundo Wladimir Novaes Martinez: “considera-se homossexualidade os comportamentos sociais, gestos pessoais ou experiências amorosas íntimas, em caráter habitual ou permanente, afetivas ou meramente sexuais, sucedidos entre seres humanos do mesmo sexo.”<sup>180</sup> A homossexualidade pode ser masculina ou feminina. Sobre o assunto, Gilberto Moreno Tavalera, mencionado por Silvo de Salvo Venosa, discorre:

[...] O termo “homossexualidade” vem composto pelo grego homo, que significa semelhante, e pela palavra latina sexus, que se refere à identificação do sexo, feminino ou masculino. A palavra apareceu pela primeira vez em 1890, utilizada por Charles Gilbert Chaddock, tradutor de *Psychopathia Sexualis*, de Richard Von Krafft-Ebing (TAVALERA, Gilberto Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 45). Anteriormente usava-se o termo “inversão” para designar essas pessoas. No Brasil, eram utilizados os termos “sodomita”, “uranista” e, para a mulher homossexual, o termo “tribade”.<sup>181</sup>

<sup>177</sup>DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#1>>. Acesso em: 8 set. 2016 (acesso restrito).

<sup>178</sup>DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 36.

<sup>179</sup>DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#1>>. Acesso em: 8 set. 2016 (acesso restrito).

<sup>180</sup>MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A união homoafetiva no direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2008, p. 26.

<sup>181</sup>TAVALERA, Gilberto Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.45 apud VENOSA, Silvio de Salvo. Em evidência. *Homoafetividade e o Direito*. *Revista Magister de*

A homossexualidade é uma orientação sexual, não constituindo doença, desvio ou transtorno mental. Faz parte da personalidade do indivíduo.

Homossexualidade não é anomalia e nem é patológica, é identidade psíquica. Sobre isso Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, citado por Silvio de Salvo Venosa, afirma:

Cada vez mais se assenta entre os cientistas que a origem da homossexualidade é biológica. Nesse sentido, Vecchiatti cita as palavras de Suzana Herculano-Houzel, neurocientista e professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, ao afirmar “não ser a sexualidade um ‘opção’, mas, ao contrário, ser ela determinada biologicamente mediante a influência de genes e hormônios durante a formação, ainda no útero, de determinadas regiões cerebrais, que, por sua vez, determinarão mais tarde a preferência sexual, depois de amadurecidas na adolescência”<sup>182</sup>

Homossexualidade é determinado jeito de ser.

Nenhuma discussão que vise demonstrar que a homossexualidade de um modo geral é natural ou contrária à natureza, saudável ou doentia, legal ou ilegal, de acordo com a vontade de Deus ou contra ela, demonstra se determinado ato homossexual é moralmente certo ou moralmente errado.<sup>183</sup>

É utilizada, para conceito, a expressão *gay*, ou seja, pessoa com orientação para outra do mesmo sexo.

Jurandir Freire Costa<sup>184</sup> introduz o vocábulo homoerotismo, valorizando as experiências afetivo-sexuais.

A homossexualidade é tão normal e tão digna quanto a heterossexualidade. Muito embora um arbitrário inconsciente coletivo ainda majoritário possa estranhar tal afirmação peremptória, ela é aferível por duas singelas colocações: (i) nunca houve provas de que a homoafetividade, ou seja, o amor romântico por pessoas do mesmo sexo e o consequente ato sexual homoafetivo trariam algum prejuízo à saúde humana; (ii) a Organização Mundial de Saúde, na última revisão de sua Classificação Internacional de Doenças (CID 10/93), retirou a homossexualidade de seu rol de doenças, sendo, portanto, incorreto o uso do termo homossexualismo, pois na área médica o sufixo “-ismo” significa “doença”; correto o uso do termo homossexualidade, pois o sufixo “-dade” significa “modo de ser”. Assim, não há mais que se estigmatizar a homossexualidade e, portanto, a homoafetividade.<sup>185</sup>

---

*Direito Civil e Processual Civil*. v.1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister. 2004. Bimestral, v.39 (nov./dez. 2010) p. 83.

<sup>182</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade, São Paulo, Método, 2008 apud VENOSA, Silvio de Salvo. Em evidência. Homoafetividade e o Direito. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister. 2004. Bimestral, v. 39 (nov./dez. 2010), p. 84.

<sup>183</sup> DOVER, Kenneth James. *A homossexualidade na Grécia antiga*. Trad. Luis Sérgio Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994, p. 8.

<sup>184</sup> Mencionado por DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 36.

<sup>185</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10, Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. Bimestral, p. 96-97.



Homoparentalidade é outra maneira de se buscar a unificação da linguagem, designando vínculos entre os membros da família homossexual.

Nesse sentido, Maria Berenice criou o verbete homoafetividade, para realçar que o aspecto mais relevante não é atração sexual, mas o amor, o carinho ou a afetividade entre pessoas do mesmo sexo.

Sobre o tema, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, citado por Silvio de Salvo Venosa, explica:

A relação hoje denominada homoafetiva não era condenada na Antiguidade. Não se cuidava de qualquer marginalização ou repulsa, o que veio ocorrer muito mais tarde no curso da História. Na maioria das civilizações clássicas antigas a sexualidade era irrelevante, importando o estado que o indivíduo representava na sociedade. O afeto entre homens era aceito no mundo antigo. Há poucas notícias do relacionamento entre mulheres. Não se dava, porém, importância à sexualidade. Assim, os historiadores apontam que a relação e o amor de pessoas do mesmo sexo eram aceitos não somente na Grécia e em Roma, havendo toda uma literatura a esse respeito. Havia diferenças de conduta, no entanto. Os gregos cortejavam os meninos a fim de persuadi-los a reconhecer sua honra e boas intenções; para os romanos o amor por meninos livres era proibido; era-lhes permitido apenas o relacionamento com meninos escravos.<sup>186</sup>

A melhor definição é homoafetividade, que significa

qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo. 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito homoafetivo.<sup>187</sup>

Como afirma Wladimir Novaes Martinez:

As pessoas não são hetero, homo ou abstêmios sexuais; são seres humanos, que nascem, crescem, trabalham e vivem suas vidas. Uma boa parte interessa-se pelo sexo oposto, uma minoria interessa-se pelo mesmo sexo (sem saber por quê) e um pequeníssimo grupo não tem preferência alguma. A ciência não sabe ainda – nem parece muito preocupada – a razão de ser desses três grupos. A sexualidade é importante, mas não é tudo na vida; o que lega bens para a humanidade é o produto do amor.<sup>188</sup>

A homossexualidade sempre existiu na história da humanidade.

<sup>186</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto. Manual da Homoafetividade, São Paulo, Método, 2008 apud VENOSA, Silvio de Salvo. Em evidência. Homoafetividade e o Direito. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister. 2004. Bimestral, v. 39 (nov./dez. 2010), p. 82.

<sup>187</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Paraná: Positivo. 2010, p. 1.105.

<sup>188</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A união homoafetiva no direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2008, p. 23.

Según algunos estudiosos, la homosexualidad, como tal, no estaba prohibida em las comunidades antiguas, salvo el caso de los egípcios y los hebreos; afirman también que las prohibiciones que hoy aparecen em algunos pueblos (por ej., africanos, polinesios e incluso indios americanos), son la herencia de los períodos de colonialismo, y no de sus culturas primitivas; se ha dicho, incluso, que nada permite decir fehacientemente que la homosexualidad estuviese prohibida entre los primeros cristianos; esa prohibición deviene – según estos autores – de una equivocada interpretación de los textos evangélicos.<sup>189</sup>

### Registre-se que

a história da homossexualidade, que está entre as principais categorias da orientação sexual, remonta aos povos antigos. Nas antigas civilizações há registro de sua prática, nas figuras e esculturas. A depender dos valores culturais vigentes, ela chegou a ser admirada, tolerada e até mesmo condenada pelos povos. A primeira cultura de proibição, acredita-se, não se iniciou nas sociedades ocidentais, mas na Mongólia, com o Império de Gengis Khan, que proibia a sodomia sob pena de morte. Nas sociedades ocidentais o código Buggery Act, na Inglaterra, em 1533, seguido de Portugal pela influência da inquisição, também mantiveram a proibição da sodomia, enquanto grandes potências colonizadoras na América do Sul, Inglaterra, Portugal e Espanha se encarregaram de transmitir tais valores às suas respectivas colônias.<sup>190</sup>

Para determinados povos, a homossexualidade entre homens era aceita e incentivada explicitamente e, para outros, era tolerada.<sup>191</sup> Na Grécia não havia discriminação quanto às práticas homossexuais. A homossexualidade aberta já era bastante difundida no início do século VI a. C. Os gregos aceitavam prontamente a homossexualidade, já que os seus ascendentes também a aceitavam. A cultura grega

herdou a proibição religiosa da homossexualidade e que, por causa dessa herança, mostrou (até recentemente) uma curiosidade pouco saudável acerca da variedade dos estímulos sexuais que podem excitar uma mesma pessoa, ou sobre as diferenças entre a orientação fundamental da personalidade e acontecimentos episódicos em nível superficial. Os gregos nem herdaram nem desenvolveram a crença de que uma força divina tenha revelado aos homens um código de lei para a regulamentação do comportamento sexual. Eles não tinham nenhuma instituição religiosa que possuísse a autoridade de impor proibições sexuais. Confrontada com culturas mais antigas, mais ricas e mais elaboradas do que a sua, mas que no entanto tinham diferenças profundas entre si, os gregos sentiam-se livres para selecionar, adaptar, desenvolver e – principalmente – inovar. Sendo fragmentados em unidades políticas pequenas, os gregos estavam sempre conscientes do âmbito local de regras morais de conduta.

<sup>189</sup> CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Derecho y homosexualismo em el derecho comparado. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (IDEF). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. 1. ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 16.

<sup>190</sup> OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88/89.

<sup>191</sup> SOUZA, Ivone Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (IDEF). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001, p.101-112, p. 112.

Esta consciência também possibilitou-lhes gozar de sua própria criatividade, e atribuir um gozo semelhante as suas divindades e a seus heróis.<sup>192</sup>

Nesse compasso,

a homossexualidade foi definida como a disposição para buscar prazer sensorial através do contato corporal com pessoas do mesmo sexo, preferindo-o ao contato com o outro sexo. Certamente para outros propósitos esta definição poderá parecer inadequada e superficial, mas a cultura grega diferia da nossa aceitação de alternância de preferências homossexuais e heterossexuais num mesmo indivíduo, e em sua negativa implícita de que esta alternância ou coexistência criasse problemas específicos para o indivíduo ou para a sociedade. Outras características da cultura grega são a atitude complacente para com a expressão aberta, em palavras e em comportamento, do desejo homossexual, e o seu gosto pelo tratamento desinibido de temas homossexuais na literatura e nas artes visuais.<sup>193</sup>

Na Grécia, a homossexualidade tinha característica de intelectualidade e de culto ao belo. Homens mais velhos mantinham relações com jovens, seus discípulos. Tinha como objetivo também evitar os excessos populacionais.

A mais forte expressão de emoção homossexual feminina na literatura grega é encontrada na poesia de Safo, a mais antiga e mais famosa das poucas poetisas gregas. Ela era nativa da cidade de Mitilene, na ilha de Lesbos, e compôs seus poemas no primeiro quartel do século VI a. C.<sup>194</sup>

Débora Vanessa Caús Brandão afirma que:

Além da estética, ao redor da homossexualidade, havia todo um ritual envolvendo a transmissão e a aquisição de sabedoria, cujo maior exemplo é o filósofo Platão e seus preceptores. Adolescentes buscavam o mestre para serem iniciados na arte da retórica e da oratória. Eram denominados efebos. Após serem escolhidos pelo preceptor, o que era motivo de muita honra, os jovens aprendizes deveriam se submeter a favores sexuais.<sup>195</sup>

Essas práticas homossexuais aumentariam a transmissão do saber, da educação refinada e a procura de uma elevação, além de aumentar as habilidades políticas e militares.

Nas manifestações teatrais, os papéis femininos eram desempenhados por homens usando máscaras ou travestidos. Quanto ao culto ao belo, as Olimpíadas celebradas em Atenas são um grande exemplo. Os atletas participavam com os corpos nus e as mulheres eram proibidas de comparecer ao evento, pois não sabiam cultivar o belo.

<sup>192</sup> DOVER, Kenneth James. *A homossexualidade na Grécia antiga*. Trad. Luis Sérgio Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994, p. 278.

<sup>193</sup> Ibid., p. 13.

<sup>194</sup> Ibid., p. 239.

<sup>195</sup> BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

Em Esparta, a relação homossexual era prescrita pelo governo, a ponto de se castigar o jovem que não tivesse amante ou multá-los se preferisse um rico a um pobre. A homossexualidade espartana era um resultado lógico da supervalorização do mundo masculino, de guerra, das relações entre homens etc. Como exemplo da solidariedade e agressividade que a homossexualidade é capaz de produzir no grupo militar que a pratica, convém não esquecer o destacamento homossexual que tinha Felipe de Macedônia e que morreram todos na batalha de Queroneia, assombrando a quantos os viram lutar. Evidentemente, cada um deles ao lutar contra o inimigo, defendia seu par, sua própria vida, a de seu amado e seu prestígio social ante os olhos daquele com quem, efetivamente, compartilhava seus sentimentos. Não é necessário destacar a agressividade de quem trata de vingar a morte do amante nas mãos do inimigo no momento em que ocorria isso.<sup>196</sup>

É oportuno registrar que:

De acordo com Silva Morici, uma rápida revisão na História expõe uma homossexualidade apresentada na Grécia Antiga como um rito de iniciação para os jovens, passando para ser considerado um pecado na Idade Média, indo para uma prática sexual aceita no mundo latino, para depois ocupar espaço entre as enfermidades na era contemporânea. Nas sociedades primitivas, o amor entre homens era prática constante e aceita, na forma de uma relação entre um homem mais velho e um adolescente, escreve Paulo Vecchiatti, sendo o mais velho o sexualmente ativo e passivo o mais jovem e esse estágio era visto com a forma pela qual o jovem alcançaria a masculinidade. A homossexualidade grega tinha conotação militar e pedagógica, proveniente de homens vivendo em grupo fechado, sem acesso a mulheres, onde um soldado mais velho procurava fazer com que o jovem lhe imitasse a bravura e a coragem, para ser um militar valoroso, e a cultura da pederastia entre os gregos foi igualmente consagrada na mitologia. Com a queda do Império Romano e com o crescimento do cristianismo no mundo ocidental, a homossexualidade foi condenada e socialmente perseguida. Durante muito tempo a ciência médica afirmou que a homossexualidade se constituía em doença mental, um desvio psicológico ou uma perversão e somente em 1992, a Organização Mundial de Saúde aboliu o diagnóstico de anomalia psíquica da homossexualidade na Classificação Internacional de Doenças (CID). Até hoje existem inúmeros países no mundo que penalizam as relações homossexuais, e a própria Igreja Católica mostra-se intolerante com a homossexualidade, sendo candente a discussão política, social e doutrinária acerca da legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo. A rejeição social da homossexualidade se baseia em seu caráter contrário à natureza, natureza essa, que só admitiria a relação entre contrários – homem e mulher.<sup>197</sup>

A separação entre direito e moral adveio com o Iluminismo. Com o avanço do catolicismo, iniciou-se um combate a essas práticas, disseminando o preconceito e a intolerância.<sup>198</sup>

Com a era cristã começaram a surgir ideias homofóbicas, tendo Justiniano editado leis nesse sentido. Surgem daí para frente Estados com legislações que repudiavam o homossexualismo, tendo com base a possibilidade e o incentivo de repovoar a

<sup>196</sup> LASSO, Pablo. Antropologia cultural e homossexualidade: variantes do comportamento sexual, culturalmente aprovadas. *Homossexualidade – Ciência e consciência*. São Paulo: Loyolla, 1985, p. 31-43.

<sup>197</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1078/1079.

<sup>198</sup> FERMENTÃO. Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; LOPES. Sarila Hali Kloster. *O preconceito que gera a homofobia, fruto do desrespeito aos direitos personalíssimos e à dignidade do homossexual*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c930eecd01935fee>>. Acesso em: 17 out. 2016.

Europa tendo em vista a diminuição populacional causada por epidemias. Os legisladores viam na relação homoafetiva uma ameaça à estabilidade das populações. A ligação entre o homossexualismo e a feitiçaria fez com que cada vez mais aumentasse a intolerância a essas relações. No século XVII e seguintes o capitalismo nascente gera o estímulo à competitividade entre os homens, o que mais inibiu e colocou à margem das vistas da sociedade o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>199</sup>

Vale assinalar que:

A influência da Igreja Católica Apostólica Romana no conceito de crime de sodomia espalhou-se por toda a Europa. Foi o III Concílio de Latrão, de 1179, o primeiro concílio ecumênico a condenar a homossexualidade, estatuinto que qualquer que fosse achado tendo cometido a incontinência contra a natureza seria punido, sendo que o grau da pena dependeria da qualidade do transgressor, ou seja, se clérigo ou leigo. A perseguição que se acentuou na Idade Média, especialmente a partir do século XIV em diante, tinha como objetivo o ataque aos homossexuais, aos judeus, aos muçulmanos, aos hereges, e quaisquer pessoas que não espelhassem no viver e no pensar as regras impostas pelo poder político-religioso romano.<sup>200</sup>

Esse posicionamento da Igreja Católica tinha como fundamento a procriação, vez que na Grécia antiga era muito comum a homossexualidade, principalmente na época de guerra. Essa moral religiosa, que na Idade Média prestou serviços à perseguição e à injustiça, condenou à morte, pelos Tribunais da Santa Inquisição, acusados de praticar a sodomia.

Na sociedade ocidental, na qual a Igreja Católica tem uma influência e raiz muito forte, a homossexualidade não é aceita, na verdade é abominada. Consta na bíblia, Lv. 18:22, “Com o homem não deitarás, como se mulher fosse: é abominação.” e, ainda, em Lv. 20:13, “quando também um homem se deitar com outro homem como com mulher, ambos fizeram abominação; certamente morrerão...”<sup>201</sup> .

Houve, portanto, nos últimos séculos um crescente repúdio ao homossexualismo e ao que hoje se denomina homoafetividade. O século XIX e boa parte do século XX, com maior racionalidade e menor religiosidade, passou a ver a problemática não mais como um pecado, mas como uma doença a ser tratada, algo que desaparece por volta dos anos 70.<sup>202</sup>

<sup>199</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Em evidência. Homoafetividade e o Direito. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister, 2004. Bimestral, v. 39 (nov./dez. 2010), p. 82.

<sup>200</sup> BOMFIM, Silvano Andrade. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), n. 18, p. 71-103, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo\\_Silvano\\_Andrade\\_do\\_Bomfim\\_\(Homossexualidade\\_Direito\\_e\\_Religio\\_da\\_Pena\\_de\\_Morte\\_a\\_Uniao\\_o\\_Estavel\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bomfim_(Homossexualidade_Direito_e_Religio_da_Pena_de_Morte_a_Uniao_o_Estavel).pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2016, p. 78.

<sup>201</sup> BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Edição pastoral. Trad. Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1990.

<sup>202</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Op. cit., p. 82-83.

A Igreja Católica não aceita práticas homossexuais. As autoridades da Coroa Portuguesa, em nosso período colonial, perseguiram e reprimiram os homossexuais, inclusive com a morte. A prática era equiparada ao crime de lesa-majestade.

Os reflexos da união entre Igreja e Estado nesse aspecto são igualmente verificados nos colonizadores, visto que a dominação e estabelecimento no território dos povos conquistados ou “descobertos” tiveram importante papel na propagação da legislação que vigorava na Europa. Diversos foram os países que puniram com a morte a prática homossexual, de forma que leis antissodomia também vigoraram no Brasil. Todas as Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) continham expressa disposição de pena de morte por fogo àquele que exteriorizasse sua homossexualidade.<sup>203</sup>

No dizer de Rolf Madaleno,

[...] as uniões homoafetivas constituem uma inescandível realidade social incapaz de ser ignorada, sobretudo quando cada vez mais se apresentam instituições e organizações engajadas pela busca da aceitação e respeito pelas minorias. As relações têm sido condenadas e perseguidas desde a queda do Império Romano e do crescimento do cristianismo no mundo ocidental. Já foram conceituadas como condutas torpes e pecaminosas pelas Ordenações Afonsinas e penalizadas como crime de lesa-majestade pelas Ordenações Manuelitas.<sup>204</sup>

A propósito,

A mudança de paradigma no direito brasileiro é absoluta, sobretudo quando se verifica que desde o “descobrimento” do Brasil pelo reino de Portugal até o advento do Código Penal do Império do Brasil, com a Lei de 16 de dezembro de 1830, a homossexualidade era punida com a morte pelo fogo, cuja tipificação do “crime de sodomia” e sua correspondente pena de morte e confisco de bens constava nas Ordenações (Afonsinas, Livro Quinto, Título XVII; Manuelinas, Livro Quinto, Título XII; Filipinas, Livro Quinto, Título XIII). Cumpre observar que mesmo após a Proclamação da Independência havida em 7 de setembro de 1822, a Assembleia Constituinte decretou a Lei de 20 de outubro de 1823, com a sanção de D. Pedro I, que mandava vigorar no Brasil as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821. Vale dizer, somente com o advento do Código Criminal do Império é que deixou de ser considerado crime a expressão homossexual.<sup>205</sup>

Em nosso Estado laico, a moral religiosa não pode influenciar e mitigar direitos fundamentais. O Estado deve estar dissociado da Igreja.

<sup>203</sup> BOMFIM, Silvano Andrade. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), n. 18, p. 71-103, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo\\_Silvano\\_Andrade\\_do\\_Bomfim\\_\(Homossexualidade\\_Direito\\_e\\_Religio\\_da\\_Pena\\_de\\_Morte\\_a\\_Uniao\\_o\\_Estavel\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bomfim_(Homossexualidade_Direito_e_Religio_da_Pena_de_Morte_a_Uniao_o_Estavel).pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2016, 78.

<sup>204</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 1083.

<sup>205</sup> BOMFIM, Silvano Andrade. *A vitória do casamento gay no STJ*. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/29965>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

### 3.1. União estável e união homoafetiva

*Qualquer maneira de amor vale a pena  
Qualquer maneira de amor vale amar  
Qualquer maneira de amor valerá*

(trecho da música Paula e  
Bebeto, de Milton Nascimento)

Heloisa Helena Gomes Barboza afirma que mesmo

gerada por laços afetivos, a união entre homem e mulher sem casamento chegou a ser considerada imoral. No início do século passado, e só após décadas de batalhas judiciais foi reconhecida como entidade familiar, passando pelo concubinato, pelo companheirismo e chegando finalmente à união estável. Mas não só o afeto gerou a legitimação das uniões livres. A situação social do casal, agindo e sendo reconhecido como “marido e mulher”, certamente mais do que o afeto, foi decisivo para tanto. Voltada inicialmente para a proteção da mulher, a admissão dessas uniões, para fins de produção de efeitos jurídicos, exigia o atendimento de três requisitos: a reputatio, nominatio e tractatus, ou seja, a companheira devia ter o trato, o nome e a fama de esposa, sendo o casal tido como tal pelos amigos e pela sociedade.<sup>206</sup>

A união estável não é igual ao casamento, pois, se fossem idênticos, um não se converteria no outro.<sup>207</sup> É o que deflui, também, da Carta Democrática de 1988.<sup>208</sup> E não só isso, “enquanto o casamento tem seu início marcado pela celebração do **matrimônio**, a união estável não tem termo inicial estabelecido. Nasce da consolidação do vínculo de **convivência**, do comprometimento mútuo, do entrelaçamento de vidas e do embaralhar de patrimônios”.<sup>209</sup>

Por outro lado, não é toda união que se caracteriza como estável. Após a Constituição Federal, que reconheceu a união estável como entidade familiar e base da sociedade, foram editadas as Leis nº 8.971/94 e 9.278/96, que tratavam da união estável, disciplinando a questão dos alimentos, da sucessão, da competência das ações e direito real de habitação.

<sup>206</sup> BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.) *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, p. 221/222.

<sup>207</sup> Como já mencionado, a Constituição Federal de 1988 não faz distinção entre as entidades familiares descritas no seu artigo 226, que recebem proteção do Estado. Porém, há diferenças entre cada um dos institutos. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

<sup>208</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado...§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>209</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 178 (grifos da autora).

O Código Civil de 2002<sup>210</sup> incorporou todas as questões disciplinadas nas mencionadas legislações, que deixaram de existir, com a exceção do direito real de habitação, assegurado no artigo 7º, da Lei 7.278/96.<sup>211</sup>

Os termos mais usados nos textos legais para identificar os sujeitos de uma união estável são **companheiro** (L. 8.971/94) e **convivente** (L.9.278/96). O Código Civil prefere o vocábulo **companheiro**, mas usa também **convivente** e **concubino**. Do latim, cum cubo significa encontrar-se dentro de um cubículo, enquanto cum pane, que dá origem à palavra companheiro, significa comer o mesmo pão<sup>212</sup>.

A terminologia concubino não tem o mesmo sentido de outrora, quando designava aquele que vivia em união estável. Hoje é sinônimo de amante, união paralela e, portanto, não protegida pelo Estado. A união estável está disciplina no atual Código Civil<sup>213</sup>.

Nasce a união estável da convivência, simples **fato jurídico** que evolui para a constituição de **ato jurídico**, em face dos direitos que brotam dessa relação. Paulo Lobo diz ser a união estável um **ato-fato jurídico**, por não necessitar de qualquer manifestação ou declaração de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática se converta em relação jurídica<sup>214</sup>.

João Baptista Villela<sup>215</sup> observa que:

Especialmente grave tem sido nos últimos anos o furor regulamentatório da República em matéria das chamadas uniões estáveis. Não há na Constituição uma só

<sup>210</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 7 set. 2016.

<sup>211</sup> Que regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

<sup>212</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 179 (grifos da autora).

<sup>213</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

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

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

<sup>214</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 176 (grifos da autora).

<sup>215</sup> REPENSANDO o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM* Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 23.



palavra de onde se possa derivar a suposta necessidade de submeter essas formações espontâneas à cravelha da lei. O que quis e quer a Constituição é, por óbvias razões de justiça social, estender a tais construções informais o manto protetor da lei, especialmente os benefícios da seguridade social.

Quanto ao intervencionismo estatal na união estável, Mário Delgado<sup>216</sup> também afirma:

Não compete ao legislador, nem muito menos à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes, aos quais estar-se-ia impondo um verdadeiro 'casamento forçado'.

Silvio de Salvo Venosa afirma que:

A união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira. Na união estável existe a convivência do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas more uxório, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social. (...) Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos.<sup>217</sup>

Rolf Madaleno, citado por Guilherme Gama, cita Heloísa Helena Barboza<sup>218</sup>:

Revestida dos caracteres de entidade familiar com proteção constitucional, a união estável está representada pela convivência de homem e mulher, podendo até não coabitarem, mas que, solteiros ou casados, desde que separados de fato ou judicialmente, divorciados ou viúvos, se apresente o casal aos olhos da sociedade como se fossem marido e mulher. Unidos pela inequívoca intenção de constituírem uma verdadeira família, a relação não precisa ter sua origem legal apenas no casamento, pois na relação informal estável entre o homem e a mulher é reconhecida uma entidade familiar, cujo conceito se estende também à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, conforme os §§ 3º e 4º do artigo 226 da CF.<sup>219</sup>

A união estável está conceituada no artigo 1.723, do Código Civil, tendo como requisitos essenciais para a sua configuração a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família.

<sup>216</sup> O PARADOXO da União Estável: um Casamento Forçado. *Revista Nacional de direito de Família e Sucessões*, Lex Magister/IASP, v. 2, 2014, p. 5-21

<sup>217</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 38/39.

<sup>218</sup> BARBOZA, Helena Heloísa. Novas tendências do direito de família. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (2)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.228.

<sup>219</sup> MADALENO, Rolf. *A União (in)Estável (Relações Paralelas)*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=323>>. Acesso em: 08 jul. 2016 apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função social da família e jurisprudência brasileira*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008.

Por outro bordo, a existência de prole, o tempo de convivência e a coabitação não são requisitos essenciais para a configuração da união estável. Esses caracterizadores são indícios fortes, mas não são essenciais.

A publicidade exigida pela lei é aquela de notoriedade da relação pelo grupo social dos conviventes. Difere-se da ciência à sociedade quanto à realização do casamento, com a publicação dos proclamas, a obrigatoriedade da celebração com portas abertas, com a presença, ao menos, de duas testemunhas. Notório é menos do que público.

É o relacionamento que se percebe no meio social e aos olhos de todos. É o contrário de escondido, clandestino ou em segredo.

A propósito, vale citar que

a convivência há de ser pública, isto é, de conhecimento do meio social onde vivam os companheiros, o que afasta configuração de cunho familiar a encontros velados, às escondidas, que sugerem, pela clandestinidade, segredo de vida em comum incompatível com a constituição de uma verdadeira família no meio social. Também refoge ao modelo de união estável, por força da mesma interpretação, a ligação adúlterina de pessoa casada, sem estar separada de fato do seu cônjuge, uma vez que ordinariamente se procura preservar do conhecimento público o amasiamento, em proteção ao lar conjugal.<sup>220</sup>

A durabilidade é a relação prolongada no tempo. É diferente de efêmera, breve, momentânea, transitória ou passageira. Apesar da lei não ter estabelecido prazo para a configuração da união estável, algum tempo de convivência é fundamental. Diante de cada caso concreto é que se deverá analisar as suas circunstâncias para a configuração ou não da união estável. “A lei não exige tempo mínimo para que haja o reconhecimento da união estável, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto.”<sup>221</sup>

A continuidade é essencial para a estabilidade da união, não estando amparadas as relações que se suspendem e se interrompem com frequência. A relação deve ser sem hiatos e interrupções marcantes.

É necessário que o relacionamento seja corrido, ininterrupto sem sofrer solução de continuidade, pois a estabilidade da união (requisito central) é auferida pela sua sequência consecutiva, porque as rupturas e interrupções retiram o caráter de permanência do relacionamento e, subjetivamente, a vocação da constituição de família. Porém o eventual rompimento temporário, ou mesmo justificadamente prolongado, da união que já demonstrara a sua estabilidade, nem sempre subtrai da

<sup>220</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável*. 5. ed. São Paulo: Paloma, 2001, p. 52.

<sup>221</sup> TJRJ - APL: 00284814820128190001 RJ 0028481-48.2012.8.19.0001, Relator: DES. LETICIA DE FARIA SARDAS, Data de Julgamento: 26/03/2014, VIGÉSIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 04/04/2014.

convivência a sua posição já conquistada de entidade familiar, ainda mais quando presentes todos os demais requisitos do convívio comunitário.<sup>222</sup>

O último requisito é a *affectio maritalis*. Trata-se de elemento fundamental, consistente no desejo de constituir família. Os demais requisitos podem estar presentes, mas se no relacionamento não houver a intenção de constituir família, não restará configurada a união estável.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “é absolutamente necessário que haja entre os conviventes além do afeto, o elemento espiritual caracterizado pelo ânimo, a intenção de constituir família, enfim, a *affectio maritalis*”.<sup>223</sup>

É a convicção de que se está criando uma entidade familiar, com direitos e deveres pessoais e patrimoniais semelhantes aos do casamento.

A respeito do tema, assim advertem Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Nesse passo, é o intuito familiae, também chamado *affectio maritalis*, que distingue a união estável de outras figuras afins, como, por exemplo, um namoro prolongado, afinal os namorados não convivem como estivessem enlaçados pelo matrimônio. Também aparte a união estável de um noivado, pois neste as partes querem, um dia, estar casadas, enquanto naquela os companheiros já vivem como casados. Nesse passo, mesmo que presentes, eventualmente, em um namoro ou em um noivado, algum outro requisito, se estiver ausente o ânimo de estar vivendo uma relação nupcial, não se caracterizará a entidade familiar e, via de consequência, não decorrerão efeitos pessoais ou patrimoniais.

Não se pode negar que, em concreto, a prova da intenção de constituir família pode se apresentar de difícil caracterização, especialmente quando um dos conviventes vier a negá-la, tentando desqualificar a entidade familiar. Todavia, a demonstração do intuito familiae decorre da comprovação da existência de vida em comum.

Sem dúvida, o casal-convivente é reconhecido no meio social como marido e mulher, identificados pelos mesmos sinais exteriores de um casamento.<sup>224</sup>

Nesse sentido, também, a decisão a seguir transcrita:

O desejo de constituir uma família, por seu turno, é essencial para a caracterização da união estável pois distingue um relacionamento, dando-lhe a marca da união estável, ante outros tantos que, embora públicos, duradouros e não raras vezes com prole, não têm o escopo de serem família, porque assim não quiseram seus atores principais. A demanda declaratória de união estável não pode prescindir de um diligente perscrutar sobre o ‘querer constituir família’, desejo anímico, que deve ser

<sup>222</sup> BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodolfo Grellet Teixeira da. Requisitos caracterizadores da união estável. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVII, 2008, Brasília, DF. *Anais...* Brasília: CONPEDI, 2008. p. 6947-6969. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01\\_904.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01_904.pdf)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>223</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, v.VI, 2007, p. 551.

<sup>224</sup> DIREITO das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 393/394.

nutrido por ambos os conviventes, e a falta dessa conclusão impede o reconhecimento da união estável.<sup>225</sup>

Como já aduzido, a existência de prole, o tempo de convivência e a coabitação não são requisitos essenciais para a configuração da união estável. Para a caracterização da união estável, não se faz obrigatória a existência de filhos. Até porque,

fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas<sup>226</sup>.

Nesse sentido, também, e aplicável à espécie, o artigo 1.565, § 2º, do Código Civil<sup>227</sup>.

De início, deve-se ressaltar que o termo coabitação tem acepção jurídica clara: significa manutenção de relação sexual. Daí a antiga expressão que vem do direito canônico, qual seja, o dever de coabitação. Atualmente, a doutrina vem ampliando o sentido técnico de coabitação para a adoção de um significado leigo, popular: morar sob o mesmo teto. Vida em comum no domicílio conjugal (art. 1.566, II do CC) significa manutenção de relação sexual e moradia em um mesmo lar.<sup>228</sup>

A coabitação na união estável, ao contrário do casamento, não é requisito obrigatório<sup>229</sup> para o seu reconhecimento. Portanto, não se exige que os conviventes vivam sob o mesmo teto.

Nesse sentido, a Súmula 382, do STF<sup>230</sup>.

<sup>225</sup> STJ- 3ª T., REsp 1.263.015, Min. Nancy Andrighi, j. 19.6.12, DJ 26.6.12.

<sup>226</sup> Artigo 226, § 7º, da CF.

<sup>227</sup> Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família...§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

<sup>228</sup> SIMÃO, José Fernando. *União estável: Jurisprudência em Teses - Parte I*. Disponível em: <[http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel---jurisprudencia--em-teses---parte-i/16318#\\_ftn2](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel---jurisprudencia--em-teses---parte-i/16318#_ftn2)> . Acesso em: 9 jul. 2016.

<sup>229</sup> Esse posicionamento não é unânime na doutrina e na jurisprudência, conforme é demonstrando na sequência do texto.

<sup>230</sup> A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato. mencionar a análise da referida súmula, por José Luiz Gavião de Almeida, ao afirmar que “foi fruto de entendimento estabelecido no recurso extraordinário nº 2004 do RS. Mas a decisão não foi dada em processo onde se discutia a própria relação familiar concubinária, mas uma questão de filiação. Dizia a acórdão que, para caracterizar o concubinato exigido para os efeitos do art. 363, I, do CC/1916, não havia necessidade da vida em comum. Tanto isso era verdade que outros dois artigos diziam o mesmo, isto é, o art. 1.777 do CC/1916 (que proibia o homem casado de fazer doação à concubina) e o art. 248, IV, do CC/1916 (que falava que o homem casado poderia manter concubinato). Visou-se apenas a ampliar o entendimento do art. 363, I, do Código Civil de 1916, isto no sentido de aumentar as hipóteses de investigação de paternidade, limitada, no caso, ao reconhecimento de concubinato entre a mãe e o suposto pai do filho que buscava judicialmente seu reconhecimento. O que mostrava a súmula é que existiam dois tipos de concubinato: o adúlterino e o natural, também chamado puro. Este último era o existente entre solteiros, viúvos e separados. O concubinato natural tinha amparo da doutrina mais moderna, da jurisprudência, e da lei em muitos casos.

Vale registrar que esse tem sido o posicionamento majoritário da jurisprudência do Superior Tribunal Justiça<sup>231</sup>. Nesse diapasão, há recentes decisões dos Tribunais estaduais (mas em sua minoria).<sup>232</sup> Porém, ainda quanto ao tema da coabitação, o próprio Superior Tribunal de Justiça já decidiu em sentido contrário.<sup>233</sup>

Regina Beatriz Tavares da Silva<sup>234</sup> menciona, em artigo de sua autoria, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos Embargos Infringentes nº 70003119187, 4ª Câmara, Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chave, j. 12/04/2002, quanto à indispensabilidade da coabitação.<sup>235</sup>

Na doutrina pátria também encontramos divergências sobre a coabitação.

A exteriorização máxima da união livre é a vida em comum. Essa situação é dever conjugal no casamento e também na entidade familiar, que àquele se assemelha. É claro que a vida em comum no mesmo domicílio não pode ser obrigatória, como não

---

Mas não se poderia vincular a ação de reconhecimento de filiação a esse único concubinato, pelo que a súmula citada permitiu a demanda embora o suposto pai não vivesse com a mãe do filho que pretendia ver-se reconhecido.” (In: *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 138).

<sup>231</sup> AgRg no AREsp 59.256/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 04/10/2012; REsp 1096324/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/05/2010; STJ - REsp: 474962 SP 2002/0095247-6, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 23/09/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.03.2004 p. 186<BR>RBDF vol. 23 p. 93<BR>RDR vol. 30 p. 444; STJ - Ag: 1173188, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Publicação: DJ 24/02/2011. Decisões no anexo.

<sup>232</sup> TJ-RO - APL: 00097138720128220002 RO 0009713-87.2012.822.0002, Relator: Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 07/04/2016; TJ-RS - AC: 70058897554 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 02/10/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/10/2014; TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.163982-5/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2015, publicação da súmula em 16/07/2015. Decisões no anexo.

<sup>233</sup> Embora a coabitação não seja requisito necessário para o reconhecimento da união estável, sua existência é relevante para demonstrar a real intenção de constituir-se uma família, de modo a configurar-se a affectio maritalis. Agravo não provido.(AgRg no Ag 1318322/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 13/04/2011).

<sup>234</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Namoro e união estável: distinções*. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/namoro-e-união-estável-distinções/>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

<sup>235</sup> “Tem sido o entendimento majoritário neste Tribunal que não é o amor e não são os amantes que a lei protege. A Carta Constitucional é muito clara no art. 226: ‘a família merece especial proteção do Estado’. A questão não é saber se houve amor e se esse amor foi prolongado, mas sim, se fundaram ou não um núcleo familiar, se essa relação constituiu ou não uma família ... É a família a instituição a que se visa proteger com o instituto da união estável, não é o amor ... Do mero relacionamento afetivo e sexual, sem vida em comum, não se retira qualquer seqüela patrimonial ... Não há affectio maritalis quando o casal jamais coabitou e jamais teve o propósito de edificar uma família ... considero quase indispensável a vida em comum sob o mesmo teto. Excepcionalmente, em situações de absoluta impossibilidade dessa vida em comum e quando presentes características absolutamente inquestionáveis de união estável, admito que se possa abrir mão da vida em comum sob o mesmo teto ... Realmente, fica um tanto difícil admitirmos que o casal tenha a intenção de constituir família se não tem vida em comum sob o mesmo teto ... Argumenta-se, esgrimindo-se contra a tese da necessidade da vida em comum sob o mesmo teto, com a Súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal. Esse argumento, com a máxima vênia, revela desconhecimento do verdadeiro sentido da Súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal ... porque essa Súmula fala em concubinato, não fala em união estável ... A Súmula foi editada há cerca de 40 anos quando era impensável algo parecido com a união estável” (RJTJRS, nº 214, out. 2002).

é no casamento. Mas há necessidade de justificativa razoável para que os companheiros não estejam morando sob o mesmo teto conjugal, como ocorreria no casamento. Neste, aliás, a falta da vida em comum no domicílio conjugal pode ensejar o desfazimento do enlace por quebra de dever conjugal (art. 1.573, IV, c/c o art. 1.566, II, ambos do Código Civil).<sup>236</sup>

#### O referido autor afirma que

é a vida em comum sinal evidente da relação firme e duradoura, indispensável para o reconhecimento da união estável. Firma ela a presunção de comunhão de leitos e cama. A comunhão de leitos importa nos contatos sexuais com comunhão de vida. Sem esta, apenas os contatos íntimos não caracterizam a união estável. É como no caso onde há relacionamento sexual mediante paga, onde embora reiterado e até constante, nunca marca a constituição de uma família. A comunhão de mesa afasta a caracterização de subserviência ou de relação de criadagem.<sup>237</sup>

E conclui: “só se pode reconhecer união estável entre pessoas que não vivam sob o mesmo teto se houver motivo plausível para que essa situação se apresente”.<sup>238</sup>

Regina Beatriz Tavares da Silva (op.cit) considera que a lei em vigor não exige a convivência sob o mesmo teto e que, mesmo com domicílios diversos, pode-se estabelecer união estável entre um homem e uma mulher, como reflexo da evolução social. Para Zeno Veloso (op. cit), o dever de coabitação é imperativo lógico, estando implícito na união estável, só sendo assim possível a separação de corpos de que trata o disposto no art. 1.562 do Código Civil (v. comentário). Aduz que não pode dar à Súmula nº 382 do STF sua aparente extensão, pois ela foi editada em outro contexto social e legislativo. Compartilha-se o entendimento deste último doutrinador, no sentido de que a coabitação é da natureza da união estável e que constitui demonstração da sua existência. Contudo, como bem observado por ele, é preciso que se reconheça a evolução social no sentido de que algumas uniões, inclusive formais, admitem a intenção de constituir família, mesmo se os cônjuges ou companheiros morem em casas separadas, exigindo-se neste caso prova mais robusta e segura da união estável. A incompatibilidade de relacionamento do companheiro com os filhos do primeiro casamento da companheira, por exemplo, pode importar na impossibilidade de coabitação do casal, a fim de evitar traumas aos filhos, o que, nem por isso, descaracterizaria a união estável. Assim, será diante das circunstâncias de cada caso concreto que se poderá reconhecer a união estável mesmo sem a coabitação do casal, estando presentes, entretanto, outros elementos que a configurem.<sup>239</sup>

#### Quanto à questão da incompatibilidade e de domicílios diferentes,

o Superior Tribunal de Justiça em acórdão proferido no REsp nº 474.962, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23/09/03, apreciou pedido em que se justificava a duplicidade domiciliar em interesses particulares relevantes, já que os companheiros, após conviverem sob o mesmo teto durante três anos, passaram a ter

<sup>236</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 137.

<sup>237</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>238</sup> Ibid., p. 138.

<sup>239</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo de et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. Coordenador Cesar Peluzo. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012, p. 2008.

domicílios diversos em razão da incompatibilidade entre o companheiro e o filho de anterior casamento da companheira, sendo que, assim, essa relação durou mais nove anos, até a morte do companheiro.<sup>240</sup>

E, ainda, em decorrência do exercício profissional, quando haja necessidade de transferência.<sup>241</sup>

Para Maria Berenice,

a **coabitação**, ou seja, a **vida sob o mesmo teto**, não é elemento essencial para a sua configuração. Aliás, não era exigida sequer para o reconhecimento do concubinato. Súmula do STF dispensa a vida more uxorio dos concubinos. Ainda que a Súmula tenha sido editada para interpretar a palavra “concubinato”, para fins de investigação de paternidade, restou por cunhar um conceito, que cabe ser estendido à união estável.<sup>242</sup>

No dizer de José Fernando Simão,

A questão de “morar sob o mesmo teto”, como se sabe, desde a vetusta Súmula 382 do STF, não é requisito para a configuração de união estável. Assim, nenhuma novidade traz qualquer decisão que reafirma o óbvio. Segue-se o disposto no art. 1.723 do CC segundo o qual o elemento que caracteriza a união estável é a convivência pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família.<sup>243</sup>

Enuncia o § 1º, do artigo 1.723, do Código Civil, os impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521, do mesmo *Codex*, que também impossibilitam a caracterização da união estável.

As pessoas impedidas de casar não podem constituir união estável, porque a vedação resulta do interesse público protegido pela norma. Os princípios éticos que regem o

<sup>240</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Namoro e união estável: distinções*. Disponível em: <<http://reginabeatriz.com.br/namoro-e-união-estavel-distincoes/>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

<sup>241</sup> A falta de apenas um domicílio conjugal em comum, por si só, não desconfigura a união estável, pelo contrário, é prática comezinha no serviço público federal, já que as transferências e remoções dão-se sempre, tendo em vista o interesse público e não regras de interesse particular. No mais, constam às fl. 143-179 passagens aéreas que viabilizavam encontros, contas telefônicas, compensações de horário, requerimentos de remoção e, até mesmo, um trabalho temporários em Nova Iguaçu, cidade localizada nos arredores do Rio de Janeiro. A questão de endereços diferentes era, portanto, justificada no fato de serem ambos servidores públicos federais com lotações em Estados diferentes...Na diretriz da Súmula 382 do STF, o mesmo domicílio, por estar longe de constituir união estável, não vem sendo mais considerado pela jurisprudência elemento essencial à configuração da vida more uxório, eis que amigos “dividem o mesmo teto” e até mesmo namorados que não pretendem constituir família vivem juntos, por conveniência ou qualquer outro motivo particular. A coabitação, em razão das mudanças sociais, é considerada apenas um indicio de união estável, e um relacionamento sério sem coabitação depende de provas robustas para ser reconhecido como união estável. (7ª Turma. TRF 2ª Região. 000477938201440251010004779-38.2014.4.02.5101, Rel. Des. Sergio Schwaitzer, j. 04/03/2016.).

<sup>242</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 186 (grifos da autora).

<sup>243</sup> SIMÃO, José Fernando. *União estável - Jurisprudência em Teses - Parte I*. Disponível em: <[http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel---jurisprudencia--em-teses---parte-i/16318#\\_ftn2](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel---jurisprudencia--em-teses---parte-i/16318#_ftn2)>. Acesso em: 9 jul. /2016.

casamento também devem ser aplicados à união estável, pois também ela constitui entidade familiar digna e merecedora de proteção do Estado. Dessa forma, estando a pessoa casada impedida de casar-se novamente, assim também estará aquele que pretende constituir outra união estável.<sup>244</sup>

Estando presentes os impedimentos do referido artigo 1.521<sup>245</sup>, do Pergaminho Civil, restará configurado o concubinato, consoante artigo 1.727 do Código Substantivo.

Assim, não será considerada estável, para os efeitos próprios, a união estável entre ascendente e descendente, entre afins em linha reta, entre o adotante e quem foi cônjuge do adotado ou entre o adotado e quem foi cônjuge do adotante, entre irmãos e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive (tio e sobrinha, ou tia e sobrinho), entre pessoas casadas e entre o cônjuge sobrevivente e o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Revista de Direito Privado São Paulo*: RT, v. XIII).<sup>246</sup>

Porém, o Código Civil admite a constituição de união estável “no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente” (artigo 1.732, § 1º, CC, in fine). “E mais, as causas suspensivas do art. 1.523<sup>247</sup> não impedirão a caracterização da união estável (§ 2º)”, vez que tais causas dizem respeito às formalidades relativas ao casamento, não aplicáveis à união estável.

Cabe esclarecer, por necessário, que restará proibida a conversão da união estável em casamento, face ao contido no multicitado artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil, prevendo que não existe a possibilidade de casamento por impedimento civil.

<sup>244</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo de et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Coordenador Cesar Peluzo. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. p. 2008.

<sup>245</sup> Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

<sup>246</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo de et al. *Op. cit.*, p. 2008-2009.

<sup>247</sup> Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.



José Luiz Gavião de Almeida afirma que “também não se pode reconhecer entidade familiar de quem não tenha atingido a idade núbil”<sup>248</sup>, não podendo ser suprida por autorização dos pais, responsáveis ou por decisão judicial.

### 3.2 Dos deveres da união estável

Com relação aos deveres mútuos e para com os filhos, o artigo 1.724 do Código Civil<sup>249</sup> está em consonância com o princípio da igualdade e com o que dispõe o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal<sup>250</sup>. Os deveres são praticamente os mesmos do casamento,<sup>251</sup> verificando-se a ausência da fidelidade recíproca e da coabitação, presentes nas núpcias. Quanto aos deveres dos conviventes, a lealdade significa sinceridade, franqueza.

Portanto, mesmo tendo sido utilizado termo diferente (lealdade) daquele atribuído ao casamento (fidelidade recíproca), não quis o legislador fazer crer que a lealdade é de somenos importância ou a fidelidade recíproca não é uma obrigação na união estável. A lealdade é gênero do qual a fidelidade é espécie.<sup>252</sup>

O dever de lealdade implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural (Velooso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010). Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, que integra o conceito de lealdade, para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.<sup>253</sup>

Quanto ao dever de respeito, trata-se de obrigação moral e física, uma vez que a integridade, a vida e a honra dos indivíduos são invioláveis, não tendo direito o convivente de proferir palavras ofensivas ou cometer agressões.

<sup>248</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima. In: AZEVEDO, Alvaro Villaça de (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v.XVIII, p. 65.

<sup>249</sup> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

<sup>250</sup> § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

<sup>251</sup> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

<sup>252</sup> Apesar do texto legal se valer de palavras distintas, os deveres da união estável e do casamento são os mesmos, com exceção da coabitação. Porém, como já mencionado, não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência quanto à coabitação na união estável.

<sup>253</sup> STJ - AREsp: 313207 RN 2013/0071517-2, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 29/04/2015

Importante ressaltar que no dever de respeito também está inserido o dever de fidelidade recíproca.

Da leitura do artigo 1.724 do Código Civil, não ficam margens para dúvidas que as relações pessoais entre os companheiros obedecem aos deveres de lealdade, entendendo-se como condições elementares para a configuração da união estável a exclusividade do relacionamento (...) A união estável é reflexo do casamento, e só é adotada pelo direito por seu caráter publicista, por sua estabilidade, e permanência, e pela vontade dos conviventes, de externar aos olhos da sociedade, uma nítida entidade familiar, de tradição monogâmica, como aceitos no consenso da moralidade conjugal brasileira. Casamentos múltiplos são vedados, como proibidos os concubinatos paralelos, porque não se coaduna com a cultura brasileira uma união poligâmica ou poliândrica, a permitir multiplicidade de relações entre pessoas já antes comprometidas, vivendo mais de uma relação ao mesmo tempo.<sup>254</sup>

O dever de assistência e amparo, por sua vez, abrange o aspecto moral e material, tais como afeto, cuidado, alimentos, habitação, vestuário e conforto.

No caso do matrimônio e da união estável, a obrigação decorre do dever de mútua assistência entre os cônjuges, incumbindo a cada um em relação ao outro, o dever de ajudá-lo economicamente. Trata-se, assim, de uma obrigação de dar, abrangendo o sustento e outras prestações econômicas.<sup>255</sup>

O dever de assistência não é só econômico e exigido apenas durante a união estável. É o dever que impõe ao companheiro de

ministrar cuidados ao outro, quando doente ou enfermo, suportando solidário os inconvenientes da moléstia, o dever de assistência, embora apresentando uma conotação mais de ordem afetiva, espiritual, compreende não só o auxílio moral, a estima e a consideração, como o dever de auxílio material, do tratamento para a recuperação física; inscrevendo-se, ainda, na assistência moral, para além desse amparo nas doenças e da solidariedade nas horas adversas, o desfrute dos prazeres da vida na conformidade das posses e educação de um e outro...<sup>256</sup>

No dizer de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A mútua assistência envolve aspectos morais e materiais. Decorre do princípio da solidariedade familiar. Nenhuma convenção particular pode afastá-la, porque é uma exigência de ordem pública. A assistência moral diz respeito às atenções e cuidados devotados à pessoa do outro cônjuge, que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis. É o conforto moral, o ombro amigo, e o desvelo na doença, na

<sup>254</sup> MADALENO, Rolf. *A União (in)Estável (Relações Paralelas)*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=323>>. Acesso em: 8 jul./2016.

<sup>255</sup> TJMG - AC: 10024102236395002 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 17/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/01/2013).

<sup>256</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 181.

tristeza e nas crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo aos sucessos na vida emocional e profissional.<sup>257</sup>

Como já aduzido, esse dever se estende para além da união estável. É que com a ruptura da união e diante do caso concreto, com fulcro nos princípios da solidariedade e da assistência, o companheiro pode pleitear alimentos em relação ao outro.

A solidariedade do núcleo familiar compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado; em uma palavra, de solidariedade civil.<sup>258</sup>

Quanto ao sustento, guarda e educação dos filhos, esses deveres deverão ser partilhados entre os conviventes, face ao princípio da igualdade.

É a consagração do princípio da igualdade entre os gêneros que impõe iguais deveres em relação à prole.<sup>259</sup>

O princípio da igualdade marcou a democratização da entidade familiar, com o estabelecimento de uma chefia colegiada pelo casal e com o poder parental passando a ser exercido no interesse dos filhos. A ideia da igualdade em direitos e deveres entre os cônjuges decorre da encampação de valores democráticos e sociais e, por óbvio, se fundamenta na proibição de tratamento discriminatório em razão do sexo do partícipe da entidade familiar. E tal princípio da igualdade (material) não se aplica apenas ao casamento, abrangendo os companheiros nas suas relações pessoais e patrimoniais.<sup>260</sup>

Trata-se de responsabilidade recíproca dos pais pelo sustento dos filhos. É o que deflui, também, do contido nos artigos 1.631 e 1.632, ambos do Código Civil<sup>261</sup>.

Cada um dos genitores responde perante a responsabilidade de alimentar, razão pela qual a obrigação de manter a prole deve ser suportada por ambos os genitores.

<sup>257</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conferência Magna – Princípio da Solidariedade Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, p. 1-17, p. 13.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>259</sup> Artigo 226, § 5º, da CF: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher e;

Artigo 229, da CF: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>260</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008, p. 184/185.

<sup>261</sup> Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

A obrigação de prover o sustento do filho gerado é, primordialmente, dos genitores, isto é, do pai e da mãe em conjunto, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade. Ressalta-se que compete a ambos os genitores a obrigação de prover o sustento dos filhos.

Para melhor fixar a ideia, eis o subsídio de Yussef Said Cahali:

Incumbe aos genitores – a cada qual e a ambos conjuntamente, sustentar os filhos, provendo-lhes a subsistência material e moral, fornecendo-lhes alimentação, vestuário, abrigo, medicamentos, educação, enfim, tudo aquilo que se faça necessário à manutenção e sobrevivência dos mesmos.<sup>262</sup>

Nesse sentido: “É dever de ambos os genitores sustentar os filhos menores do casal. Recurso desprovido.”<sup>263</sup> Vê-se, portanto, que essa obrigação decorre do poder parental e constitui encargo moral e jurídico dos companheiros.

### 3.3 Do regime de bens na união estável

O artigo 1.725 do Código Civil<sup>264</sup> determina que se aplicará o regime da comunhão parcial de bens às relações patrimoniais entre os conviventes, salvo contrato escrito.

Assim, durante a existência da união estável, os bens adquiridos onerosamente são comuns e, ao final do relacionamento, deverão ser partilhados igualmente entre os conviventes.

Não haverá espaço, portanto, para discussão sobre aquisição mediante esforço comum.<sup>265</sup> O regime só poderá ser alterado mediante contrato de convivência escrito.

<sup>262</sup> CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 523.

<sup>263</sup> TJMG, Apelação Cível. nº 215.054-8/00, Comarca de Varginha, Rel. Des. Murilo Pereira, j. em 13/11/2001.

<sup>264</sup> Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

<sup>265</sup> Na união estável, vigente o regime da comunhão parcial, há presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente na constância da união são resultado do esforço comum dos conviventes. Desnecessidade de comprovação da participação financeira de ambos os conviventes na aquisição de bens, considerando que o suporte emocional e o apoio afetivo também configuram elemento imprescindível para a construção do patrimônio comum. (STJ - REsp: 1295991 MG 2011/0287583-5, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 11/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/04/2013.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DE BENS. O patrimônio adquirido no período em que reconhecida a união estável deve ser dividido proporcionalmente (artigo 5º da Lei n.º 9.278/96 e artigo 1.725 e 1.659, ambos do Código Civil), conforme as regras atinentes ao regime da comunhão parcial de bens. Apelação Cível parcialmente provida, de plano. (Apelação Cível Nº 70042744334, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, em 09/01/12).

Uma vez reconhecida a união estável, impera sejam partilhados igualmente os bens adquiridos, a título oneroso, na sua vigência, sem que se perquiria da contribuição de cada convivente, bastando que fiquem

O Código Civil buscou regulamentar, em seu artigo 1.726<sup>266</sup>, o disposto no artigo 226, § 3º, *in fine*, da Constituição da República, o qual determina que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento.

Porém, na prática, não há nenhuma facilidade, mas sim dificuldade.

Os companheiros deverão formular requerimento conjunto, distribuí-lo perante o juiz competente, submeter-se ao processo de habilitação, aguardar uma decisão judicial, para só depois conseguir o registro de casamento. Já os trâmites normais do processo da habilitação para casamento são mais simples e céleres. Assim, caso os companheiros não optem desde logo por casar-se, poderão desistir da conversão, o que contrariaria o objetivo do disposto constitucional.<sup>267</sup>

Quanto ao tema, o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, afirma que:

Grave inconveniente, no entanto, está na determinação de que a conversão em casamento se dê mediante procedimento judicial. Descumpra aí o legislador, flagrantemente, o comando constitucional (art 226, p 3º, CF) no sentido de que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento. Ocorre que o procedimento em juízo tornará, sem dúvida, mais morosa e onerosa a conversão. Assim, melhor será aos companheiros celebrar um casamento comum, que será seguramente mais rápido, além de menos oneroso.<sup>268</sup>

É importante fazer referência à decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à convalidação da união estável em casamento e a questão patrimonial.<sup>269</sup>

---

comprovados, portanto, a época e a forma de aquisição (RT -831/399). NEGRÃO, Theotonio; GOUVEA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves. *Código Civil e legislação civil em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2016. 34 ed. rev. e atual. p. 659.

<sup>266</sup> Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

<sup>267</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo de et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. Coordenador Cesar Peluzo. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012. p. 2049.

<sup>268</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar. 21 jul. 2010. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

<sup>269</sup> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. REGIME DE BENS. EFEITOS SOBRE O PATRIMÔNIO COMUM ANTERIOR AO CASAMENTO. 1. Recurso especial em que se discute, além de possível julgamento extra petita, os efeitos decorrentes da opção por um determinado regime de bens, em relação ao patrimônio amealhado pelo casal, antes do casamento, mas quando conviviam sob a forma de sociedade de fato. 2. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo, em consideração ao pleito global formulado pela parte. 3. Deduzido pedido para a partilha de todo o patrimônio amealhado durante o casamento, engloba-se, por conclusão lógica, precedentes períodos ininterruptos de convívio sob a forma de união estável ou sociedade de fato, porque se constata a existência de linha única de evolução patrimonial do antigo casal, na qual os bens adquiridos na constância do casamento são fruto, em parcela maior ou menor, do período pré-casamento, quando já existia labor conjunto. 4. Convalidada em casamento uma união estável ou sociedade de fato, optando o casal por um regime restritivo de compartilhamento do patrimônio individual, devem liquidar o patrimônio até então construído para, após sua partilha, estabelecer novas bases de compartilhamento patrimonial. 5. A não liquidação e partilha do patrimônio adquirido durante o convívio pré-nupcial, caracterizado como sociedade de fato ou união estável, importa na prorrogação da co-titularidade, antes existente, para dentro do casamento, sendo desinfluyente, quanto a esse acervo, o regime de bens adotado para vigor no casamento. 6. Recurso provido. (STJ - REsp:

### 3.4 Diferença entre união estável e concubinato

Há uma preocupação da legislação em vigor em separar a união estável do concubinato, conforme preceitua o artigo 1.727 do Código Civil.<sup>270</sup>

Vale assinalar que no passado a expressão concubinato também era utilizada para denotar a existência de união estável.

Entretanto, atualmente, não se recomenda a utilização da expressão concubinato para as relações estáveis, vez que se refere ao amante. “Não caracteriza união estável legalmente protegida o relacionamento adúltero na constância do casamento.” (JTJ 294/64). No mesmo sentido: STJ -5ªT, REsp 813.175, Min. Feliz Fischer, j. 23.8.07, dois votos vencidos, DJU 29.10.07; JTJ 288/81, RJM 169/97.<sup>271</sup>

É relevante assinalar as diferenças existentes entre a união estável e o concubinato, sendo que a primeira constitui entidade familiar, reconhecida e amparada pela Constituição Federal (artigo 226, § 3º). O concubinato não constitui entidade familiar, mas apenas uma sociedade de fato.

O concubinato é formado por pessoas casadas ou impedidas de contrair matrimônio (parentesco ou crime). A união estável, por sua vez, é constituída por pessoas casadas, mas separadas de fato, judicialmente, extrajudicialmente, solteiras, viúvas ou divorciadas.

Na união estável há direito à meação dos bens adquiridos na constância da união, independentemente do esforço comum, bem como aos alimentos e à sucessão. No concubinato não há direito aos alimentos<sup>272</sup>, à sucessão e nem à meação, salvo se comprovado o esforço comum na aquisição dos bens<sup>273</sup>.

Por fim, a ação de reconhecimento e dissolução de união estável é da competência da Vara de Família, enquanto que a de concubinato é da Vara Cível. “A sociedade de fato mantida com a concubina rege-se pelo direito das obrigações e não pelo de família” (RSTJ 68/368, RT 719/295, RJ 214/48; o mesmo acórdão, da 3ª Turma do STJ).<sup>274</sup>

---

1263234 TO 2011/0108671-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013).

<sup>270</sup> As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

<sup>271</sup> NEGRÃO, Theotonio et al. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 661.

<sup>272</sup> No concubinato, porém, tem sido comum a indenização à concubina pelos serviços domésticos prestados durante a vida em comum com o amásio.

<sup>273</sup> Súmula 380, do STF: 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.

<sup>274</sup> NEGRÃO, Theotonio et al. Op cit., p. 662.

### 3.5 Da união estável homoafetiva

Para a união estável homoafetiva, não basta apenas a união de duas pessoas do mesmo sexo.

Basicamente a união homoafetiva é a comunhão convencional de dois seres do mesmo sexo, que tem por espoco uma vida familiar em comum – convindo lembrar que a família *stricto sensu* (pais e filhos) é um insistente desejo dos idealizadores, que terá de abrigar a modalidade *lato sensu* (pai e mãe ou irmãos vivendo juntos) –, presente o animus de mútua assistência, respeito e constância da relação. Não exige a conjunção sexual nem mesmo manifestações amorosas externas, mas no mínimo o cumprimento das obrigações assumidas, decorrentes da afetividade dessa convenção institucional de vontades.<sup>275</sup>

Sobre o tema, Maria Berenice Dias afirma:

Daí **homoafetividade**, para marcar que os relacionamentos estão calcados muito mais no elo da afetividade que une o par, não se limitando a mero propósito de natureza sexual. Ainda que as pessoas continuem se identificando e sendo identificadas como homossexuais, os vínculos interpessoais que entretêm constituem **uniões homoafetivas**.<sup>276</sup>

Antes, as relações homoafetivas buscavam a tolerância da sociedade. Posteriormente, buscaram o reconhecimento pela igualdade. A relação afetiva deve ser valorizada como fato social.<sup>277</sup>

[...] Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida, não é a diversidade de sexos que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas. Outrossim, não se pode olvidar que mesmo os casais homossexuais poderão, eventualmente, experimentar a paternidade, através da reprodução assistida e da adoção, conforme vem reconhecendo a jurisprudência mais recente. A outro giro, também não se pode submeter a caracterização de família à decorrência de prole, uma vez que o planejamento familiar é opção do casal, não se caracterizando uma família somente pela existência de filhos.<sup>278</sup>

<sup>275</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A união homoafetiva no direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2008, p. 69.

<sup>276</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 112 (grifos da autora).

<sup>277</sup> PREVIDENCIÁRIO. O DIREITO. PENSÃO POR MORTE AO COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL. 1. A sociedade, hoje, não aceita mais a discriminação aos homossexuais. 2. O Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a união de pessoas do mesmo sexo para efeitos sucessórios. Logo, não há por que não se estender essa união para efeito previdenciário. 3. "O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ..." (Pontes de Miranda). 4. "O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulgar têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos" (Jean Cruet). 5. O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. 6. O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei. (TRF-1 - AG: 697 MG 2003.01.00.000697-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 29/04/2003, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 29/04/2004 DJ p.27).

<sup>278</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 466.

Para o reconhecimento da união estável homoafetiva é necessária a presença de seus requisitos, quais sejam: durabilidade, conhecimento público, continuidade e o propósito ou anseio de constituição de uma família.

[...] Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos.<sup>279</sup>

Não se pode ignorar a existência de uniões familiares homoafetivas que se formam por objetivos comuns, dedicando amor recíproco e almejando a felicidade, como qualquer outro grupo familiar heteroafetivo. Essas uniões merecem ser tuteladas e não devem sofrer limitação à constituição das entidades vivenciais.

Note-se – e não se trata de mera coincidência – que esse conceito é muito próximo da própria noção de união estável, eis que a essência de ambos é a mesma – a relação estável afetiva não matrimonializada –, com uma única diferença: a diversidade de sexo. Se, conforme diz o vetusto e notório adágio, “onde há a mesma razão, deve haver o mesmo direito”, nesse ponto, mais do que nunca, o reconhecimento da união estável homoafetiva encontraria, sem sombra de dúvida, o mesmo fundamento lógico para a sua admissibilidade jurídica.<sup>280</sup>

Maria Berenice Dias assevera que:

Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, cumprindo deveres de mútua assistência, convívio caracterizado pelo amor e respeito, a identidade meramente biológica de sexo do par não impede que se reconheçam direitos ou que se deixe de impor obrigações recíprocas. Formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem.<sup>281</sup>

Há o reconhecimento como união estável e, conseqüentemente, como família, a união pública, estável e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. É obvio que o reconhecimento deve seguir as mesmas regras e ter as mesmas conseqüências jurídicas da união heterossexual. “Pode ser tida como a convivência constante de duas pessoas juridicamente capazes, do

<sup>279</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais., 2013, p. 207.

<sup>280</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 484.

<sup>281</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 139.



mesmo sexo, objetivando a mútua assistência e constituir uma família, baseada no respeito recíproco dos seus componentes.”<sup>282</sup> A união é essencialmente afetiva com objetivos comuns.

Por fim, “prefere o Direito, nos dias de hoje, utilizar a expressão mais precisa e profunda, homoafetividade, para caracterizar o vínculo que une e justifica a concepção de família derivada do núcleo formado entre pessoas do mesmo sexo.”<sup>283</sup>

É uma troca de afetos e uma soma de objetivos comuns, de diferentes ordens, solidificando o caráter familiar da relação. “Nesse contexto, podemos, então, conceituar a união homoafetiva como o núcleo estável formado por duas pessoas do mesmo sexo, com o objetivo de constituição de uma família”.<sup>284</sup>

A união homoafetiva constitui entidade familiar vincada pelo afeto e pela solidariedade entre seus integrantes.

A verdadeira família é uma comunhão de afetos, antes de ser um instituto jurídico. A união estável, assim como a união homossexual, também denominada homoafetiva, tem sua origem e existência em função do afeto entre seus integrantes. O afeto é um sentimento que se traduz em fatos para o direito, fatos esses que se verificam na convivência social, originando a socioafetividade.<sup>285</sup>

E “é melhor que assim o seja, pois as pessoas que integram esse núcleo não estão unidas apenas pelo sexo, mas, sim, e principalmente, pelo afeto.”<sup>286</sup>

[...] O que forma a família é o citado amor familiar: a amor que vise a uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura. Este amor familiar pauta o compromisso ético que une duas pessoas que se propuseram a dividir a vida, a somar esforços. Realmente, a família é o fato jurígeno em questão, e a família forma-se pelo amor familiar!<sup>287</sup>

A Lei Maria da Penha reconheceu as relações homoafetivas como entidades familiares, face à característica doméstica e familiar, independentemente da orientação sexual.

Mas a questão é ainda mais clara por intermédio da interpretação sistemática do inciso II e do parágrafo único do art. 5º da Lei Maria da Penha. Com efeito, ao enunciar que a família compreende a comunidade formada por indivíduos que se

<sup>282</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A união homoafetiva no direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2008, p. 77.

<sup>283</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 484. <sup>284</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>285</sup> BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. . Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Org.) *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM, Lumen Juris, 2008, p. 224/225.

<sup>286</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 484.

<sup>287</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10 (out/nov.2007). Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM. 2007. Bimestral, p. 112.

consideram aparentados por vontade expressa (art. 5º, inciso II), e que as relações enunciadas no dispositivo que isto afirma independe de orientação sexual (art. 5º, parágrafo único), inequivocamente a Lei Maria da Penha reconheceu legalmente a existência da família homoafetiva, porque um casal homoafetivo é formado por duas pessoas que se consideram aparentadas por vontade expressa. Só não vê isso quem não quer, ante a clareza dos enunciados normativos respectivos.<sup>288</sup>

Paulo Roberto Lotti Vecchiatti complementa que

Sobre o casamento civil e a união estável por casais homoafetivos, é de se notar que, embora a Constituição Federal e do Código Civil mencionem que é reconhecida a união estável “entre o homem e a mulher” (arts. 226, § 3º, da CF/88 e 1.723 do CC/02) e que o casamento civil é o ato realizado quando “o homem e a mulher” comparecem perante o juiz de paz (art. 1.514 do CC/02), isso não significa que deve necessariamente ser adotado um raciocínio a *contrario sensu* para não reconhecer a união estável homoafetiva e o casamento civil homoafetivo, pois esta aplicação a crítica do argumento a *contrario* pela mera letra da lei, sem se investigar a finalidade das normas oriundas de ditos enunciados normativos, implica na adoção de um positivismo legalista de há muito ultrapassado pela ciência jurídica. Afinal, como visto, a Lei Maria da Penha trouxe a base legal para o reconhecimento da família homoafetiva, ao afirmar que se entende como família a união de duas pessoas que se entendam aparentadas por vontade expressa, razão pela qual as uniões homoafetivas nas quais o casal se entenda aparentado por vontade expressa estão abarcadas neste conceito legal de família.<sup>289</sup>

### 3.6. Previsão constitucional

O artigo 226, da Carta de Outubro, deve ser interpretado à luz dos princípios fundamentais da República.

Pela primeira vez na história constitucional pátria o princípio da dignidade da pessoa humana é positivado e, em 1988, assume *locus* nodal como baldrame da República Federativa brasileira. Tendo em vista que os direitos fundamentais são, na verdade, concretizações do princípio da dignidade humana, destacá-lo como princípio-fundamento é trazer, ainda mais, os direitos fundamentais para o centro de debates constitucionais.<sup>290</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil<sup>291</sup>. A dignidade da pessoa humana é de incompleta definição. É individual e coletivo. É o respeito, é a consideração, é o reconhecimento como um ser humano. O indivíduo não é objeto, tendo por finalidade, a felicidade.

<sup>288</sup> Ibid., p. 95.

<sup>289</sup> Ibid., p. 97.

<sup>290</sup> FACHIN. Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policrâmia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59-74, p. 63.

<sup>291</sup> Art. 1º, da CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana;

A esse respeito, Fabíola Albuquerque, mencionando Fachin<sup>292</sup>, argumenta: “A Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção.”

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, o indivíduo merece do Estado e dos particulares, um tratamento de sujeito e não de objeto de direito, pela sua simples condição de ser humano.

O indivíduo, por meio da dignidade da pessoa humana, necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade.

A dignidade não se restringe à integridade física e à suficiência financeira. É a concretização de projetos e metas.

Inicialmente, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente. Não é, portanto, sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal.<sup>293</sup>

A dignidade é autorrealização moral do indivíduo. Assim, Alexandre de Moraes afirma:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere*

<sup>292</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Parecer do Projeto de Código Civil*. Campos dos Goiatucas: Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 2/3, n. 2/3, p. 161-191, 2001-2002.

p. 3 apud ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O julgamento no STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-58.

<sup>293</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p.102.

(viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).<sup>294</sup>

O artigo 3º, inciso IV<sup>295</sup>, da Carta Magna, traz explícita vedação de tratamento discriminatório, colidindo com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”, por meio de leis e políticas públicas de combate ao preconceito.

Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos etc.<sup>296</sup>

Rodrigo César Rebello Pinho afirma que:

A Constituição veda expressamente distinções com fundamento na origem, raça, sexo, cor, idade, estado civil e deficiência física. Todavia, essas cláusulas não são taxativas, mas meramente exemplificativas, pois o próprio art. 3º, IV, adota uma fórmula genérica de ampla abrangência: “quaisquer outras formas de discriminação”. Entre estas, podemos apontar, por exemplo, distinções em razão de religião, convicção política e opção sexual.<sup>297</sup>

Discriminação e preconceito não são permitidos no Estado Democrático de Direito. Da leitura do artigo 3º da Carta de Outubro extrai-se com absoluta certeza que a discriminação é repudiada. Não pode haver discriminação em razão de gênero e sexualidade.

A palavra “sexo”, empregada no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal, não se refere apenas ao gênero humano: masculino e feminino. Inclui a orientação sexual e deixa explícita a proibição de tratamento preconceituoso ou discriminatório em razão da orientação sexual. O sexo (gênero) também é fator de desigualdade, salvo disposição expressa na Constituição Federal.<sup>298</sup>

O sexo tratado na Constituição da República não se refere à subjetividade das pessoas para optar ou não pelo uso puro e simples do seu aparelho genital. É no sentido de gênero e opção sexual. É o livre arbítrio de cada pessoa quanto à sua sexualidade. E mais, sexo inclui

<sup>294</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2011, p. 48/49.

<sup>295</sup> Art. 3º, da CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>296</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 105.

<sup>297</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. v.17. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 94

<sup>298</sup> Como expressamente consta na CF: tempo de contribuição e idade para aposentadoria das mulheres em relação aos homens.

orientação sexual. A orientação sexual está na dignidade da pessoa humana, uma vez que, se for tolhido nesse seu direito, não será um indivíduo feliz por completo. A preferência sexual está ligada à dignidade da pessoa humana e à autoestima e felicidade do indivíduo.

Trata-se de princípio que tem como essência a ideia de que o ser humano é um **fim em si mesmo**, não devendo ser instrumentalizado, coisificado ou descartado em virtude de caracteres que lhe concedem individualmente e estampam sua dinâmica pessoal. A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois diz respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender do fato de estar ou não prevista, de modo expresso, na Constituição. A orientação que alguém imprime na esfera de sua vida privada não admite quaisquer restrições.<sup>299</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. “Segundo a Constituição, todos os espaços de atuação do homem estão jungidos ao atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana, quer seja em relação aos direitos de personalidade, na condição de consumidor ou como integrante de entidade familiar.”<sup>300</sup> Assim, “A dignidade humana é o critério-mor pelo qual a Constituição proporciona a proteção do afeto.”<sup>301</sup> A dignidade da pessoa humana inspira todo o ordenamento constitucional.

O compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado da igualdade e da liberdade, estampado já no seu preâmbulo. Ao conceder proteção a todos, veda discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade e assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mais. Ao elencar os direitos e as garantias fundamentais, proclama (CF 5º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esses valores implicam adotar os princípios da liberdade e da igualdade de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas.<sup>302</sup>

A liberdade e a igualdade devem ser consideradas como valores supremos de uma sociedade sem preconceitos.<sup>303</sup>

<sup>299</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 125 (grifos da autora).

<sup>300</sup> ALBUQUERQUE. Fabíola Santos. O julgamento no STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-58, p. 53.

<sup>301</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A tutela Constitucional do afeto. Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito e Família*. São Paulo: IOB Thomson, p.889.

<sup>302</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 207.

<sup>303</sup> Art. 5º, da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

No campo específico da homoafetividade, o princípio da liberdade se faz presente no sentido de que toda e qualquer pessoa possui a prerrogativa de escolher o seu par, independentemente do sexo, assim como o tipo de entidade familiar que deseja constituir. Todos dispõem da liberdade de escolha, desimportando o sexo da pessoa eleita, se igual ou diferente do seu. Se um indivíduo nada sofre ao se vincular a uma pessoa do sexo oposto, mas é alvo do repúdio social por dirigir seu desejo a alguém do mesmo sexo, está sendo discriminado em função de sua orientação sexual<sup>304</sup>.

A orientação sexual está na igualdade também, já que o indivíduo não pode ser considerado como subgrupo ou indivíduo de segunda categoria por ter uma preferência sexual diferente da maioria.

No princípio da liberdade está inserido o direito de dispor da própria sexualidade. A pessoa tem a liberdade de dispor da sua sexualidade, consoante artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF<sup>305</sup>.

Pelo princípio da igualdade não se pode conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo vedado, pela Constituição Federal, qualquer distinção por questão de sexo, seja de gênero ou opção da sexualidade.

Portanto, a nossa Constituição Federal não obrigou e nem proibiu o uso concreto da sexualidade, tendo o indivíduo a liberdade para dispor da sexualidade. No princípio da liberdade está a autonomia privada, quanto à orientação sexual e suas consequências.

Orientação sexual é a identidade pessoal com alguém do mesmo sexo, do oposto, de ambos ou de nenhum sexo. A identificação da orientação sexual está condicionada ao sexo da pessoa escolhida em relação à pessoa que escolhe, e tal escolha não pode ser alvo de tratamento diferenciado.<sup>306</sup>

A orientação sexual faz parte da personalidade de cada indivíduo.

Pertinente a lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama quando diz ser “inquestionável que, à luz do texto constitucional de 1988, a orientação sexual da pessoa é atributo inerente de sua personalidade, merecendo respeito e acatamento por toda a sociedade, que deve ser livre, justa e solidária, preservando a dignidade da pessoa humana, independentemente de suas preferências ou opções sexuais. O afeto,

---

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;... X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;... XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

<sup>304</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

<sup>305</sup> Art. 60, da CF: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>306</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., 2004, p. 91.

existente na maior parte das uniões homossexuais, é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e de companheirismo, não há dúvida.”<sup>307</sup>

A preferência ou a orientação sexual de cada indivíduo está na dignidade da pessoa humana, sendo fator de afirmação e de autoestima pessoal, visando sempre à felicidade. Está, também, na autonomia do indivíduo, sendo a autonomia a raiz do direito de personalidade do indivíduo. A sexualidade resulta da autonomia da vontade do indivíduo. Está inserida no seu direito à intimidade e à privacidade.

É necessário mencionar a expressa vedação à discriminação em razão do sexo (gênero ou preferência), mas não há vedação à sexualidade, ou seja, o uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas.

A autonomia está ligada à dignidade da pessoa humana, à personalidade e à identidade. O indivíduo tem o direito de identificar-se no seio familiar e publicamente como integrante da família que constituir. Só assim haverá a igualdade consagrada na Constituição Federal. A autonomia privada é formada por condutas particulares que não afetam direitos de terceiros, não havendo porque ter ingerência pública. Já a liberdade sexual está ligada ao direito à personalidade e à autonomia da vontade. A homossexualidade é uma característica da personalidade. É uma orientação e não opção sexual.

Os indivíduos que possuem orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população merecem, assim, a proteção do Estado. Dessa forma, nada mais íntimo ou privado para o indivíduo do que a prática de sua sexualidade. E intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo. É o seu núcleo, ou seja, onde somente ele tem conhecimento e não precisa compartilhar com ninguém.

A privacidade é um pouco mais aberta, não tem restrição elástica – pessoas muito próximas têm conhecimento de fatos do indivíduo.

Quanto ao princípio do direito à intimidade e à vida privada, a intimidade é aquilo que está no núcleo do indivíduo, o que nem as pessoas mais próximas têm o direito de invadir ou ter conhecimento. A vida privada se limita apenas ao conhecimento e acesso de um número restrito de pessoas.

Intimidade é a qualidade do que é íntimo. Advém do latim *intimus*, significando o que é interior a cada ser humano. É o direito de estar só, de não ser perturbado em sua vida particular. A vida privada é o relacionamento de uma pessoa com seus familiares e amigos, o oposto da vida pública, isto é, a que se vive no recesso do lar

---

<sup>307</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1080.

e em locais fechados. É o direito de levar sua vida pessoal sem a intromissão de terceiros, como agentes do Estado, vizinhos, jornalistas, curiosos etc.<sup>308</sup>

Tudo isso diz respeito ao direito à personalidade, à liberdade, autonomia de vontade e à dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal<sup>309</sup>, permite o reconhecimento de princípios implícitos, tais como afeto e felicidade, que decorrem da dignidade da pessoa humana.

A proibição de se conceder tratamento discriminatório não tem exclusivamente assento constitucional. Como preceitua o § 2º do art. 5º da CF, são recepcionados por nosso ordenamento jurídico os tratados e convenções internacionais objeto de referendo. Entre tais normatizações, a ONU tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio de respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade.<sup>310</sup>

Maria Berenice Dias aduz que:

A doutrina é unânime em afirmar que a previsão constitucional não se trata de *numerus clausus*, e, sim, *numerus abertus*. A Constituição apenas exemplifica alguns tipos de entidades familiares, sem, contudo, criar obstáculos e outras espécies de família. Não reconhece como família somente a união heterossexual, que tenha por pressuposto a diferença de sexo de seus membros. A expressão **o homem e a mulher**, constante do § 3º do art. 226 da CF, não configura **proibição implícita** ao reconhecimento da união estável homoafetiva, até porque não existem proibições implícitas no Direito. Ou o texto normativo proíbe expressamente determinado fato ou nega a extensão de determinado regime jurídico, ou ele é tido como permitido, pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, a não ser em virtude de lei (CF 5º II). Deste modo, como não há texto normativo que proíba expressamente o casamento, ou diga que a união homoafetiva não constitui entidade familiar, descabido o entendimento que vise a excluí-los do âmbito do Direito das Famílias. A lei citar um fato e não proibir outro implica em **lacuna normativa** passível de ser colmada por **interpretação extensiva** ou por **analogia**.<sup>311</sup>

O reconhecimento da união estável homoafetiva não decorre do texto legal e da Constituição de 1988, mas da aplicação dos direitos fundamentais. “Nenhuma relação afetiva poderia ficar à margem da proteção estatal, haja vista ser preceito da Carta Federal e

<sup>308</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev., v. 17. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 98/99.

<sup>309</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>310</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 50/51.

<sup>311</sup> Id. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 111/112 (grifos da autora).



convalidado como cláusula pétrea o respeito à dignidade da pessoa humana, e a homossexualidade é um fato da vida e que respeita à esfera privada de cada um.”<sup>312</sup>

Afeto não é contrato, não possui viés empresarial, mercantil ou patrimonial. O afeto, segundo Sérgio Resende de Barros,

é uma liberdade constitucional. Tal como a liberdade de contrato, a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição, cujo § 2º do art. 5º admite direitos que, mesmo não declarados, decorram do regime e princípios por ela adotados. No entanto, exatamente por ser uma relação entre os indivíduos, o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula. Gera responsabilidade entre os sujeitos. Daí, por que o direito o protege não apenas como fato individual, mas, também como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, moradia, saúde, educação etc.<sup>313</sup>

Quanto ao tema, discute-se:

Em trabalho acadêmico, o Ministro Ayres Britto já havia discorrido sobre o constitucionalismo fraternal, explicando que essa é a fase em que as constituições acrescentam às franquias liberais e sociais a dimensão da fraternidade, isto é, a “dimensão de ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos (...)”. A fraternidade seria um ponto de equilíbrio entre os ideais de liberdade e igualdade, isto é, uma “dignificação de todos perante a vida, mais do que diante do Direito, simplesmente”. No entanto, adverte que não pode haver fraternidade senão entre os iguais.<sup>314</sup>

Está sob o manto da proteção constitucional qualquer forma de família, antes apenas aquelas decorrentes do casamento.

Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação em detrimento da liberdade individual. A ideia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade e relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais privadas (CF. art. 226, §7º).<sup>315</sup>

<sup>312</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1082.

<sup>313</sup> BARROS, Sérgio Resende de. A tutela Constitucional do afeto. Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito e Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p.885/886.

<sup>314</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 216-218 apud LEITE, Glauco Salomão. Jurisdição Constitucional, ativismo judicial e minorias: O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29-43, p. 32.

<sup>315</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.48.

A Constituição Federal tem o seu núcleo na dignidade das pessoas que compõem a família, e esta privilegia a dignidade dos seus integrantes.

Trata-se de “cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade”.<sup>316</sup>

[...] O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativa de um fato existente e não regulamentado no sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para que seja buscado qualquer outro ramo do direito que não o direito das famílias.<sup>317</sup>

A Constituição de um Estado democrático deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois mulçumanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel da uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.<sup>318</sup>

A democracia, portanto, é a respeitosa convivência dos contrários. Entretanto, é cediço que o Estado Democrático de Direito não tolera e nem admite a vontade da maioria e opressão à minoria. A maioria deve prevalecer no âmbito das instâncias governamentais, mas não para supressão ou mitigação de direitos fundamentais.

Na democracia governa a maioria. O Supremo Tribunal Federal tem o dever de velar pela supremacia da Constituição Federal e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive, e principalmente, das minorias.

A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.<sup>319</sup>

<sup>316</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 95.

<sup>317</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 209.

<sup>318</sup> BARROSO, Luís Roberto. O judiciário entrou na política. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI19490,61044-O+Judiciario+entrou+na+politica>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>319</sup> STF – 2ª Turma, RE 477.554 – Ag rg, Rel. Min. Celso de Melo, j. 16.8.11.

Portanto, a maioria não pode se prevalecer da força, pelo contrário, deve respeitar a minoria, para a existência harmônica entre os indivíduos.

Registre-se que os direitos fundamentais balizam a atuação do poder político e dos particulares, abrangendo todo o ordenamento jurídico.

A primeira ideia que aflora ao tratarmos dos direitos dos homoafetivos prende-se aos denominados direitos humanos, no que tange à igualdade e à proteção da dignidade humana. As legislações ocidentais, com temperamentos, procuram seguir a Declaração dos Direitos Humanos buscando exorcizar qualquer forma de discriminação atentatória à dignidade, colocando em destaque o gozo de direitos independente de distinção de raça, cor, sexo, língua, religião etc. O que está em jogo no título que tratamos é a homossexualidade como conceito, sentimento, afeto e atração por pessoa do mesmo sexo. O princípio da defesa da dignidade humana é essencial a todo Estado democrático contemporâneo.<sup>320</sup>

É de se notar que os direitos fundamentais são direitos subjetivos do indivíduo em face do Estado.

Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.<sup>321</sup>

Saliente-se o dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, vez que a ausência acaba contribuindo para a discriminação. “Diante dessa reconstrução permanente, as declarações que tutelam direitos, entre elas o regime dos direitos fundamentais contidos na Carta Constitucional pátria, são “instrumentos vivos”, que devem adaptar-se e readaptar-se às demandas sociais.”<sup>322</sup>

O Estado deve oferecer políticas públicas para garantir direitos às minorais e, com isso, extinguir o preconceito.

É hialino que não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, mas ao reconhecimento de direitos fundamentais e à proteção do direito das minorias.

<sup>320</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Em evidência. Homoafetividade e o Direito. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister, 2004. Bimestral, v. 39 (nov./dez. 2010), p. 84.

<sup>321</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 49.

<sup>322</sup> FACHIN, Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policrâmia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59-74, p. 60.

Portanto, o Estado deve adotar medidas positivas de diferente natureza, com o objetivo de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos.

O Estado jamais pode adotar medidas que provoquem a exclusão de grupos.<sup>323</sup> Ademais, não cabe a ele distinguir os indivíduos em função de seu valor moral. É de se notar que o Estado não deve emitir juízo de valor sobre o indivíduo.

Por outro lado, cabe ao Estado respeitar e assegurar a união entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de violação de direitos fundamentais.

É por meio de medidas legislativas ou jurisdicionais que o Estado abstém-se da violação dos direitos fundamentais e atua positivamente na proteção dos indivíduos diante de ameaças ou lesões de terceiros.

O Estado, para fazer valer o princípio da dignidade da pessoa humana, deve promover condições e remover obstáculos, ou seja, oferecer políticas públicas contra o preconceito e adotar ações para promover a dignidade da pessoa humana. Além disso, deve ofertar prestações materiais positivas consistentes em autorizações ou proibições, por meio de medidas legislativas com natureza penal.

Há proibição ao preconceito, conforme artigo 3º da Carta de Outubro, o qual prevê o bem de todos, que se inicia individualmente e alcança a todos.

O Estado deve auxiliar os indivíduos na realização dos projetos pessoais de vida, que caracterizam o desenvolvimento da personalidade. De acordo com o artigo 3º da Carta de Outubro, o Estado deve agir no sentido de impedir a violação dos direitos fundamentais dos indivíduos e/ou da coletividade, por terceiros.

### 3.7. Direito comparado (breves considerações)

No Brasil não temos uma legislação que trata explícita e exclusivamente sobre união estável ou casamento homoafetivo.

O assunto já foi debatido em outros países, havendo o reconhecimento de parcerias, da união e do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Em alguns outros países há vedação à relação homossexual.

No grupo de extrema repressão, situam-se os países islâmicos e muçulmanos, onde é prevista a **pena de morte** à manifestação da homossexualidade, tanto masculina quanto a feminina. Assim, no **Afganistão, Arábia Saudita, Sudão e Emirados Árabes**, ser homossexual pode custar a vida. No **Irã**, os condenados por sodomia,

<sup>323</sup> No caso, vale ressaltar que o dever do “Estado não excludente” estende-se à união homoafetiva, face aos princípios que norteiam a Constituição Federal e os direitos fundamentais do indivíduo, bem como ao ato de não violar ou ferir direitos de terceiros.

entre outras punições, têm os pés e as mãos amputados ou são condenados à morte. No **Paquistão** os homossexuais masculinos estão sujeitos à prisão perpétua, mas a lei não fala nas mulheres.<sup>324</sup>

E complementa que “em mais de setenta países do mundo, a homossexualidade é considerada **crime** sujeito à sanção penal. Desses, 58 são países africanos. E, em 24/02/2014 a **Uganda** promulgou lei transformando a homossexualidade em crime, que pode ser punida com prisão perpétua.”<sup>325</sup>

No Irã as relações homossexuais também são proibidas e punidas com pena de morte. No entanto, nesse país é permitida a cirurgia par mudança de sexo graças a um decreto religioso – *fatws*– emitido pelo aiatolá Khomeini, há mais de vinte anos. Assim, para escapar das punições do Estado muitos homossexuais realizam a cirurgia para escapar da punição. Por essa razão, considera-se que o Irã é uma exceção para o reconhecimento da união homossexual.<sup>326</sup>

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a união homossexual, estendendo os mesmos direitos das uniões heterossexuais, inclusive com a troca do nome.<sup>327</sup>

Da mesma forma, “a França foi a primeira nação católica a reconhecer legalmente a união homossexual, ao aprovar o Pacto Civil de Solidariedade entre pessoas do mesmo sexo, garantindo à imigração, à sucessão e a declaração de renda conjunta, excetuada a adoção (1998).”<sup>328</sup> A referida legislação aprovada na França alterou o Código Civil e modificou o concubinato.<sup>329</sup>

A Holanda foi o primeiro país a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo (2001), e em seguida, a Bélgica (2003).

Em dezembro de 2004 entrou em vigor na Inglaterra uma lei que oferece aos casais homossexuais a possibilidade de formar uma "associação civil". O parlamento

<sup>324</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 75 (grifos da autora).

<sup>325</sup> Ibid., loc. cit. (grifos da autora).

<sup>326</sup> MASCOTTE, Larissa. União Estável homoafetiva. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13116>>. apud SILVA, Rosane Aparecida Frason da. *União Homoafetiva*. p. 21. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Rosane%20Aparecida%20Frason%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>327</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. rev. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 46.

<sup>328</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (IDEF). *Homossexualidade: Discussões jurídicas e psicológicas*. 1. ed., 3 tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 114-138, p. 129.

<sup>329</sup> RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 136.

aprovou em novembro de 2002 uma lei autorizando os casais homossexuais a adotarem crianças<sup>330</sup>

Conforme Maria de Lourdes Ivo,

Na Espanha, as comunidades autônomas (País Vasco, Catalunha, Galícia, Navarra, Aragon e Baleares) possuem leis civis próprias que vigem ao lado do Código Civil nacional. A Catalunha editou a Lei 10, em 15.07.98, regulando as uniões estáveis hetero e homossexuais. O mesmo aconteceu com Aragon (em 1999), mas sem efeitos fiscais ou sucessórios. Navarra (em junho de 2000) e Valência (em maio de 2001) - (Glanz, 2005, p. 409-410). Finalmente em 2005, foi aprovado o casamento entre homossexuais, com vigência em todo o país.<sup>331</sup>

Luís Roberto Barroso salienta:

O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no *Civil Marriage Act*<sup>30</sup>, de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade<sup>ii</sup>. Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais<sup>iii</sup>.<sup>332</sup>

<sup>330</sup> YANAGUI, Viviane Brito. *União Homossexual: necessidade de reconhecimento legal das relações afetivas entre Pessoas do mesmo sexo no Brasil*. p. 13. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/56/Viviane\\_Brito.pdf?sequence=3](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/56/Viviane_Brito.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>331</sup> TEIXEIRA, Maria de Lourdes Ivo. *Direito de Família: A união estável na sociedade brasileira*. Disponível em: <[www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/K224526.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K224526.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>332</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, Mas Iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. p. 12. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/pag-direitos-lgbt/copy\\_of\\_documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/Parecer-Barroso-uniao-homossexuais](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/pag-direitos-lgbt/copy_of_documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/Parecer-Barroso-uniao-homossexuais)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>i</sup> Este ato estende, para efeitos civis, a capacidade legal de casamento a casais formados por pessoas de mesmo sexo, de modo a refletir valores de tolerância, respeito e igualdade, de acordo com a Carta canadense de Direitos e Liberdades. Emendas em outros atos são conseqüentemente feitas por este ato para garantir igual acesso aos efeitos civis do casamento e divórcio a casais formados por pessoas de mesmo sexo (tradução livre).

<sup>ii</sup> Manifestações semelhantes já foram realizadas por supremas cortes ou tribunais constitucionais de outros países. É o caso da África do Sul, cujo Tribunal Constitucional declarou incompatível com a Constituição a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício sob pena de se considerar automaticamente estendida aos homossexuais a possibilidade do casamento (Caso CCT 60/04, *Minister of Home Affairs and Another V. Marie Adriaana Fourie and Another*). No mesmo sentido, vale mencionar o caso da Hungria, cuja Corte Constitucional proferiu decisão semelhante no âmbito da união estável (Decisão 14/95). Por fim, destaca-se a Suprema Corte de Israel, que considerou inconstitucional a prática de determinada empresa que concedia benefícios aos parceiros de seus funcionários heterossexuais, mas os negava no caso de uniões homoafetivas (Caso *El-Al Israel Airlines V. Danilowitz*, julgado em 1994). Após a manifestação da Corte, verificou-se uma modificação na ordem jurídica israelense, baseada no common law, que passou a reconhecer esse tipo de união.

<sup>iii</sup> Trata-se do Caso M. v. H. (142 D.L.R 4th), julgado em 1996.

No ano seguinte (2006), a África do Sul foi o primeiro país do continente africano a legalizar a união homoafetiva. Em Portugal, a lei vigora desde 2010.

Além disso, “dos países da América do Sul, o Uruguai, em janeiro de 2008, legalizou a união de casais homossexuais, e em 2013, foi aprovado o casamento.”<sup>333</sup>

Embora, diante do Congresso argentino, 60 mil pessoas convocadas por organizações católicas e evangélicas realizassem uma das maiores manifestações já vistas em Buenos Aires, mostrando repúdio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e pedindo que os senadores mantivessem a solidez da família tradicional, no dia 15 de julho de 2010, com 33 votos a favor, 27 contra e 3 abstenções, o Senado da Argentina aprovou o projeto de lei que legaliza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dando um grande e importante passo em direção à igualdade.<sup>334</sup>

Assim, em 2010, a Argentina alterou o seu Código Civil,

que declarava a validade do casamento apenas quando realizado entre "homem e mulher". Agora, a expressão será substituída por "contraentes", viabilizando a união entre pessoas do mesmo sexo. Os homossexuais argentinos passam a ter os mesmos direitos que os heterossexuais, como é o caso da pensão por falecimento de um dos contraentes, herança e direitos oferecidos pela seguridade social.<sup>335</sup>

Para Adriana Krasnow,

[...] antes de la reforma que introduce la ley 26.618, el artículo 172 del Código Civil, según el texto dado por la ley 23.515, enunciaba tres condiciones de existencia: diversidad de sexos, consentimiento y presencia del oficial público. Después de la reforma, el nuevo texto del artículo 172 dispone: "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". Como puede observarse, las condiciones de existencia se reducen a dos: consentimiento y presencia del oficial público.<sup>336</sup>

<sup>333</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. cit., 2014, p. 77.

<sup>334</sup> FARIAS, Monique Moraes. *União homoafetiva como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. p.14. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6161/1/PDF%20-%20Monique%20Moraes%20Farias.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

<sup>335</sup> COAD. Agora é lei: Código Civil argentino autoriza união homoafetiva. Disponível em: <<http://coad.jusbrasil.com.br/noticias/2293846/agora-e-lei-codigo-civil-argentino-autoriza-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

<sup>336</sup> KRASNOW, Adriana N. El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho Argentino. *Revista Derecho Privado*. n.22 Bogotá jan./june 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123-43662012000100001](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662012000100001)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

Em 2015, em apertada decisão,<sup>337</sup> a Suprema Corte dos Estados Unidos legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo em todo o país. A Corte declarou inconstitucionais as leis que proibiam o enlace matrimonial homoafetivo em vários Estados norte-americanos.

O juiz Anthony Kennedy afirmou que o argumento dos demandantes na sentença é que o pleno direito ao matrimônio é exigido por profundo respeito a este tipo de união. O Tribunal afirmou que o casamento tem sido uma instituição central na sociedade desde os tempos antigos, mas não está isolado das evoluções no Direito e na sociedade. Com isso, ao excluir casais do mesmo sexo do casamento, se nega a eles todos os benefícios que os Estados relacionaram ao casamento. O Tribunal ainda acrescentou que o casamento encarna um amor que pode perdurar até mesmo após a morte e seria um equívoco dizer que os homoafetivos desrespeitam a ideia do casamento, pois eles pedem direitos iguais aos olhos da Lei e a Constituição lhes concede este direito.<sup>338</sup>

Em 2016, a Colômbia foi o quarto país da América do Sul a reconhecer o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, quando

La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia avaló este jueves el matrimonio igualitario con seis votos a favor y tres en contra. La Corte Constitucional estudió cuatro tutelas de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales y las personas transgénero e intersexuales) que pedía que las uniones entre parejas del mismo sexo no fueran catalogadas como una unión solemne, sino como un matrimonio civil, con los mismos derechos y deberes que los de las parejas heterosexuales.<sup>339</sup>

Vê-se, portanto, que o reconhecimento da união homoafetiva é “passado” em alguns países, e o Brasil não evoluiu de acordo com a sociedade, não possuindo legislação sobre o assunto.

### 3.8. Omissão legal

O direito segue ou, ao menos, deveria seguir a evolução social. É a máxima *ubi societas, ibi jus*, ou seja, onde está a sociedade está o direito.

Não existe, portanto, no Brasil, ainda, lei em sentido estrito que expressamente regule a união homoafetiva, de maneira que, no atual estágio do nosso Direito, sempre defendemos, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a

<sup>337</sup> Foram 5 votos a favor e 4 votos contrários.

<sup>338</sup> ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM com informações do portal G1. Suprema Corte dos Estados Unidos legaliza o casamento gay em todo o país. 1 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5676/Suprema+Corte+dos+Estados+Unidos+legaliza+o+casamento+gay+em+tudo+o+pa%C3%ADs>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

<sup>339</sup> TELESUR. *Colombia aprueba el matrimonio igualitario*. 2016. Disponível em: <<http://www.telesurtv.net/news/Colombia-aprueba-el-matrimonio-homosexual-20160407-0054.html>>. Acesso em: 21 jan. 2017.



aplicação analógica das regras que disciplinam a união estável (arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil).<sup>340</sup>

No dizer de Silvio de Salvo Venosa,

[...] a legislação brasileira em nada proíbe, mas também não regula especificamente essa problemática social. Há, portanto, ainda, um vazio legislativo que convida os tribunais a se debruçarem sobre o tema. A questão maior é saber até que ponto podem as relações homoafetivas ser tratadas como uma modalidade de família, dentro do moderno conceito geral do ora denominado direito das famílias.<sup>341</sup>

Para Paulo Roberto Lotti Vecchiatti,

A lacuna persiste no que tange ao tratamento jurídico da família homoafetiva, pois enquanto a legislação expressamente regulamenta a proteção da família heteroafetiva através do casamento civil e da união estável, ela nada trata acerca da família homoafetiva: não a proíbe, mas também não enuncia nenhuma palavra sobre ela. É a típica hipótese de lacuna normativa, que deve ser solvida pelas técnicas hermenêuticas de integração de lacunas[...]<sup>342</sup>

Ainda para o referido autor,

O argumento de Pontes de Miranda, de que o jurista deve interpretar as leis com o espírito ao nível de seu tempo, deve ser usado para reconhecer o casamento civil e a união estável entre casais homoafetivos, justamente pelo espírito de nosso tempo, que reconhece o amor familiar (existente nas uniões homoafetivas) como elemento formador da família contemporânea.<sup>343</sup>

A convivência pública, duradoura e com ânimo de constituir família, por pessoas do mesmo sexo, deve ser admitida como família à luz da Constituição Federal, devido à omissão legislativa.

Ainda que faça referência à **diversidade sexual** dos conviventes da união estável, a falta de regulamentação das uniões homoafetivas tiszada o dispositivo de inconstitucionalidade. Embora nada diga sobre tais relacionamentos, a aplicação dos princípios constitucionais não pode ser restritiva, sendo indispensável admitir que há vários modos de formação de uma família. Interpretar restritivamente os enunciados relativos à união estável e ao casamento fere o **princípio da isonomia**, uma vez que constitui **discriminação arbitrária**, por não existir fundamentação lógico-racional.

<sup>340</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 488.

<sup>341</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. Em evidência. Homoafetividade e o Direito. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. v. 1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister. 2004. Bimestral, v. 39 (nov./dez. 2010), p. 84.

<sup>342</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10. Porto Alegre: Magister: Belo Horizonte, IBDFAM, out./nov. 2007. Bimestral, p. 96

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 111.

Como a Constituição proíbe discriminação de qualquer ordem, acaba por afirmar que devem ser respeitados os direitos dos casais homossexuais.<sup>344</sup>

A Lei Maria da Penha, como já aduzido, criou um novo conceito de família. Hoje a base da família é o afeto.<sup>345</sup>

[O afeto] é considerado a essência, elemento definidor do grupo familiar, ou seja, esse sentimento que dá origem à família, sendo a manutenção e o desenvolvimento do afeto funções da família, porquanto através desse sentimento proporciona-se ao ser humano, respeito, liberdade e a igualdade.<sup>346</sup>

Como afirmam Fermentão e Lopes, “a família de hoje não tem mais como base os interesses econômicos, mas se baseia na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar é tido como um centro de realização pessoal, tendo como base e princípio o afeto.”<sup>347</sup>

Nesse contexto, Vecchiatti assevera que

a evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.<sup>348</sup>

Ele ainda complementa:

O amor familiar é o valor protegido pelas leis do casamento civil e da união estável, afigura-se arbitrário (irrazoável) entendimento que não se aplique ditos regimes jurídicos às uniões homoafetivas. Afinal, não se diz, que a expressão “homem e mulher” abrangeria a união entre pessoas do mesmo sexo, mas que ela é meramente exemplificativa, não taxativa, pela valoração que se atenta ao objeto de proteção dos regimes do casamento civil e da união estável (que é a família, donde, sendo a união homoafetiva uma família, é ela merecedora de ambos os regimes jurídicos). [...] De qualquer forma, a interpretação teleológica do próprio Código Civil de 2002 enseja o enquadramento das uniões homoafetivas no Direito de Família. Com efeito,

<sup>344</sup> DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 157 (grifos da autora).

<sup>345</sup> O artigo 1.521, do Código Civil, é claro e taxativo quanto às hipóteses de vedação do casamento e da união estável. A exceção, como já mencionado, dá-se quanto ao seu inciso VI, vez que as pessoas casadas, mas separadas de fato ou judicialmente, podem constituir união estável. Porém, nessa hipótese, como também já exposto, a união estável não poderia se converter em casamento, vez que há impedimento legal.

<sup>346</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Rodrigues Gomes; LOPES, Sarila Hali. *O dever da prestação de afeto na filiação como consequência da tutela jurídica da afetividade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddcbe25988981920>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

<sup>347</sup> Ibid.

<sup>348</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 221.

considerando que o art. 1.511 do CC/02 afirma que o casamento civil estabelece uma “comunhão plena de vida” entre os cônjuges, e que o artigo 1.723 do CC/02 afirma que a união estável é aquela pautada por uma “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”, tem-se que o elemento formador da família contemporânea é o amor familiar, ou seja, o amor romântico que vise uma comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura. Constituir família não significa “ter filhos”, “pretender ter filhos” ou mesmo “poder ter filhos”, pois, se fosse este o caso, casais heteroafetivos estéreis não poderiam ter sua união estável reconhecida e não poderiam se casar, o que evidentemente não é o caso. Constituir família significa a manutenção de uma união pública, contínua e duradoura, em uma comunhão plena de vida, com todas as consequências que esta plenitude acarreta: fidelidade recíproca, mútua assistência, vida em comum, respeito e consideração mútuos – art. 1.566, incisos I a III e V, do Código Civil.<sup>349</sup>

Não eram poucos os julgados que anunciavam uma interpretação hermenêutica que, além de necessária e justa, respeita o fato jurídico da união estável em si.

O Tribunal Superior Eleitoral, no REsp Eleitoral nº 24.564, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em julgamento ocorrido em 01/10/2004, reconheceu impedimento de concorrer à eleição a candidata que mantinha união homoafetiva com a prefeita.

Enquanto o legislador não regulamenta as uniões homoafetivas, cabia e cabe ao judiciário reconhecer como entidade familiar e assegurar direitos.<sup>350</sup>

Não havia porque não reconhecer a união estável homoafetiva, desde que presentes a convivência diária, estável, sem impedimentos, livre, mediante comunhão de vida e de forma pública e notória na comunidade social, independentemente da orientação sexual.<sup>351</sup>

Assim, cabia ao Supremo Tribunal Federal suprir a lacuna que o legislador deixou.

<sup>349</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10 (out/nov.2007). Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, p. 97/98.

<sup>350</sup> STJ - REsp: 395904 RS 2001/0189742-2, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 13/12/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/02/2006 p. 365RIOBTP vol. 203 p. 138; STJ - REsp: 238715 RS 1999/0104282-8, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 07/03/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/10/2006 p. 263RDTJRJ vol. 73 p. 105RIOBTP vol. 209 p. 162RNDJ vol. 87 p. 95; STJ - REsp: 1026981 RJ 2008/0025171-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/02/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJE 23/02/2010; TJRS, AC 70023812423, 8ª C. Civ., Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 02/10/2008.” Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php#t>>. Acesso em: 11 mar. 2016. Decisões no anexo.

<sup>351</sup> Nelson Sussumu Shikicima afirma, porém, que o artigo 1.723, do Código Civil, se refere à união estável entre homem e mulher e não à homoafetiva, vez que a legislação não mudou. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 4277, reconheceu à união homoafetiva os mesmos direitos e deveres da união estável. O Poder Judiciário supriu a omissão legislativa, mas não alterou a lei, cujo papel é do Poder Legislativo. A união homoafetiva foi elevada a uma entidade familiar, com os mesmos direitos e deveres da união estável. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/web-tv-oab-sp/serie-especial-direito-de-familia-e-sucessoes/direito-de-familia-e-sucessoes>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

#### 4 A DECISÃO DA CORTE SUPERIOR E O DIREITO À FAMÍLIA

A decisão que reconheceu a união estável homoafetiva foi proferida em julgamento de duas ações, sendo uma delas ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.277), e a outra, uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 132). Essa última foi ajuizada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, em que se alegava lesão a preceitos fundamentais da Constituição Federal por parte do Estatuto dos Servidores Civis daquele Estado (Decreto-Lei nº 200/75), vez que os parceiros homoafetivos eram excluídos de vantagens e benefícios assegurados aos servidores heterossexuais. Ademais, as decisões proferidas no Estado do Rio de Janeiro negavam às uniões homoafetivas os direitos assegurados às uniões heterossexuais. Assim, formulou-se pedido para interpretar o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro à luz da Constituição.

A ADI nº 4.277, por sua vez, foi proposta pela vice-procuradora geral da República, no exercício do cargo de procuradora-geral. O objeto dessa ação era a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723<sup>352</sup> do Código Civil, a fim de que as uniões homoafetivas recebessem a mesma proteção jurídica das uniões heterossexuais.

É importante mencionar que o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, por ter sido editado em 1975, portanto, antes da Constituição Federal de 1988, impossibilitaria uma ADI e, assim, foi utilizada uma ADPF. Por outro bordo, nessa Ação de Preceito Fundamental buscava-se uma decisão que desse interpretação à matéria conforme a Constituição Federal de 1988.

Finalmente a matéria chegou para apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF) 132, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) e pelo governo do Rio de Janeiro, em que se discutiu especificamente se seria possível equiparar a união entre pessoas do mesmo sexo à entidade familiar, prevista no art. 1.723 do Código Civil brasileiro.<sup>353</sup>

Assim, as duas ações foram julgadas em conjunto.<sup>354</sup>

<sup>352</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

<sup>353</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 492.

<sup>354</sup> Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO

INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente

Acusou-se o Supremo Tribunal Federal de ativismo judicial, ou seja, a vontade da Corte substituiu o debate político sobre o assunto.

Entendo que não. Na verdade, o que se buscou na decisão da Suprema Corte foi a efetivação de direitos fundamentais garantidos pela Carta de Outubro, face à inércia legislativa sobre o assunto, aplicando-os à atualidade da nossa sociedade. “Afinal, como diz Marcelo Cattoni, em seu *Devido Processo Legislativo* (editora Fórum, 3ª ed.), há situações em que a jurisdição constitucional deve ser agressiva no sentido da garantia dos direitos fundamentais.”<sup>355</sup>

Sobre o tema, vale transcrever o excerto da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 0033615-54.2015.8.19.000, da lavra do Desembargador Alexandre Freitas Câmara:

Ora, se direitos fundamentais são universalizáveis, decisões judiciais que os asseguram também devem ser universalizáveis. Em outros termos, só pode ser considerada correta uma decisão judicial que assegura um direito se for possível afirmar que em todos os casos idênticos seria possível decidir-se rigorosamente do mesmo modo. Como disse com propriedade Lenio Luiz Streck, “decisões jurídicas corretas têm de ser universalizáveis, sob pena de contrariarem o fundamento da democracia – a igualdade.”

...omissis...

**Portanto, o que efetivamente há de se perquirir quando se está diante de uma lide que pode se consubstanciar em uma implementação judicial de política pública é se, de fato, há ou não um direito fundamental sub examine apto a reclamar a sua concretização. Se for constatada a presença desse direito e ele, por consequência, tiver caráter universalizável, esse direito poderá ser concretizado mediante a implementação da política pública pelo Judiciário, sem que isso configure qualquer ingerência indevida nos demais poderes ou manifestação de ativismo judicial.**

**Destarte, o agir administrativo está vinculado diretamente ao que estabelece a Constituição, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais. Essa**

---

listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 div. 13-10-2011 p. 14-10-2011).

<sup>355</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O Rubicão e os quatro ovos do condor*: de novo, o que é ativismo? Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

**vinculação constitucional impede o agir discricionário que, verdadeiramente, significa seu contraponto, qual seja: uma alforria constitucional.**<sup>356</sup>

Assim, as uniões homoafetivas passaram a ser consideradas entidades familiares constitucionalmente protegidas, pois, além dos requisitos legais para o seu reconhecimento, previstos nos artigos 1.723 do Código Civil e 226, § 3º, da Constituição Democrática, há nelas a afetividade e o intuito de constituir família.

Resulta da decisão do Supremo Tribunal Federal a nítida proibição de discriminação de pessoas em razão do sexo, seja em relação ao gênero ou à orientação sexual.

Os objetivos do artigo 3º da Constituição da República<sup>357</sup> não são taxativos, tão somente há previsão de algumas finalidades a serem perseguidas pela República Federativa do Brasil.

Extrai-se, ainda, o direito à intimidade e à vida privada, capitulado no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, e o seu objetivo constitucional de promover o bem de todos (artigo 3º, inciso IV).

Aplicada à decisão a máxima kelseniana, que estabelece: “o que não estiver juridicamente proibido, está juridicamente permitido”, ou seja, as normas fundamentais restritivas de direito devem ser explícitas. Portanto, não constando essa restrição no texto legal, de forma clara e explícita, a interpretação deve ser no sentido de permissão. Ademais, utilizada a técnica de “interpretação conforme à Constituição”, a fim de se evitar uma interpretação preconceituosa ou discriminatória quanto ao artigo 1.723 do Código Civil.

No entanto, com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277/DF, em votação unânime, foram reconhecidas as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conquanto atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre o homem e a mulher, afirmando o Ministro Ayres Brito, como relator, que a preferência sexual de cada indivíduo não pode ser utilizada como argumento para se aplicar leis e direitos diferentes aos cidadãos e ao julgar procedentes as ações, com eficácia vinculante e efeito erga omnes, concluiu por atribuir ao artigo 1.723 do Código Civil “interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de

<sup>356</sup> 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, data 09/12/2015. Ref. STRECK, Lenio Luiz. O juiz soltou os presos; já Karl Max deixou de estudar e foi vender droga (grifos do autor).

<sup>357</sup> Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.<sup>358</sup>

A alteração das relações fáticas deve provocar mudança na interpretação da Constituição. “Os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa.”<sup>359</sup>

A decisão da Suprema Corte resolveu questões constitucionais que envolvem a orientação sexual.

1. Liberdade sexual. “o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais.”
2. Igualdade sexual. “proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles.”
3. Dignidade humana. Esse princípio é visto como justificativa da liberdade sexual.
4. Direito à felicidade. Considera-se derivação da dignidade humana que justifica o livre desenvolvimento de todos, impondo, inter alia, o reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo.<sup>360</sup>

A decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, que não há diferença entre entidade familiar e família, sendo sinônimas as expressões.

Vale assinalar que a “transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade”.<sup>361</sup>

Assim, “a entidade familiar deve ser entendida, hodiernamente, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar, sob análise do texto constitucional”.<sup>362</sup>

<sup>358</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 1084.

<sup>359</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69.

<sup>360</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela constituição federal de 1988*. In: FERRAZ, Carolina Valença (coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-87, 80/81.

<sup>361</sup> RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. *A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em: 17 out. 2016.

<sup>362</sup> Ibid.



Bem, nesse profundo contexto, pensamos que pouco importa reconhecer-se a união homoafetiva como uma “união estável” ou como uma “nova modalidade familiar”, pois, a premissa intransponível e mais relevante é que se trata, efetivamente, de uma “família” merecedora de respeito, e, dado o seu reconhecimento constitucional – na perspectiva da dignidade humana – também de tutela jurídica, com aplicação analógica das regras atinentes à relação de companheirismo heterossexual, com os direitos e deveres daí decorrentes.<sup>363</sup>

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar que família, hoje, é um núcleo doméstico, constituído formalmente ou não, e/ou integrado por casais heterossexuais ou homoafetivos.

A regra do art. 226, §3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. Igualdade importa em política de reconhecimento; dignidade em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e liberdade no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da segurança jurídica, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.<sup>364</sup>

O rol do artigo 226 da Constituição Federal é exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Ali estão expressamente mencionadas as modalidades de entidade familiar mais comum.

O próprio *caput* do referido artigo 226 da CF já se mostra suficiente para tratar da questão, não sendo necessária a menção das modalidades de entidades familiares nos parágrafos seguintes. O *caput* permite que os indivíduos determinem a constituição ou a formação de suas famílias, já considerando a evolução da mesma no tempo.

A decisão do Supremo Tribunal Federal tem efeito *erga omnes*, sem mais repercussão que impeça o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo, tendo, portanto, efeito vinculante.<sup>365</sup>

<sup>363</sup> CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 493.

<sup>364</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Diferentes, mas Iguais*: O reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2016.

<sup>365</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

O reconhecimento da homoafetividade não está no artigo 226 da Constituição Federal, mas nos princípios e direitos fundamentais, que são normas autoaplicáveis.

A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º), constituindo fundamento da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV), sendo punida qualquer manifestação de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inc. XLI), elevando como princípio basilar de toda a estrutura constitucional o intransigente respeito à dignidade da pessoa humana, e das relações de cada indivíduo, que goza da mais absoluta autonomia na busca da sua felicidade pessoal e afetiva, sendo indiferente ao Direito a orientação sexual da pessoa, posto se tratar de um fato da vida, e cuja direção sexual não pode sofrer qualquer constrangimento ou restrição, sendo dever do Estado acolher as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, porque inconstitucional qualquer entendimento em contrário por reprimir minorias sociais, e mesmo porque não existe nos textos legais qualquer proibição de extensão do regime da convivência estável às uniões homoafetivas.<sup>366</sup>

A não aceitação da união homoafetiva como família implica na desconsideração da dignidade de cidadãos homoafetivos, impedindo que consagrem projetos de felicidade pelos meios disponibilizados pelo Estado (casamento civil e união estável), donde resta afrontado o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir dessa decisão e, de imediato, o STJ admitiu a habilitação para o casamento diretamente junto ao Registro Civil, sem ser preciso formalizar a união para depois transformá-la em casamento.<sup>367</sup>

<sup>366</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1082/1083.

<sup>367</sup> DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ EDA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção

Diante do reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, passa a ser regida pelas regras que disciplinam a união estável entre homem e mulher, por analogia.

No artigo 226, § 3º, da Constituição da República, bem como no artigo 1.723 do Código Civil, estão presentes os requisitos da união estável, quais sejam, conhecimento público, continuidade e durabilidade.

Posteriormente, no REsp. n. 1.183.378-RS, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao recurso especial para que duas mulheres pudessem promover a habilitação civil de seu casamento que fora negado nas duas instâncias anteriores, surgindo no rastro desses julgamentos paradigmas e procedimentos administrativos, decisões judiciais e administrativas promovendo o casamento civil de casais homossexuais, ou deferindo habilitações de casamentos homoafetivos que administrativamente ainda eram negadas e igualmente convertendo uniões estáveis homossexuais em casamentos civis, como procedeu neste sentido o juiz de direito da Comarca de Jacareí, em São Paulo, ao converter em casamento, pelo regime da comunhão parcial de bens, a união estável de Luiz A.R.S.M e José S.S.M, cuja sentença é datada de 27 de junho de 2011, ou como uns dias depois (28.06.2011) também decidiu a juíza de direito da 4ª Vara de Família da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, a Dra. Junia de Souza Antunes, ao converter em casamento,

---

da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea comum ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)

com suporte no §3º da Carta Federal e artigo 1.726 do Código Civil, sob o regime da comunhão parcial de bens a união homoafetiva de duas mulheres. Em 22 de março, o Estado de Minas Gerais assistia à realização do primeiro casamento homoafetivo autorizado pelo magistrado Walteir José da Silva, juiz de direito da Comarca de Manhuaçu. Em 03 de maio de 2012, a juíza de direito da 2ª Vara Privativa de Assistência Judiciária da Comarca de Aracajú, Sergipe, julgou procedente o pedido para autorizar a habilitação do casamento das requerentes A. e C., ordenando ao Cartório de Registro Civil que promovesse os atos administrativos para preparo da celebração do casamento civil das requerentes. Em 31 de maio de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão do Conselho Superior da Magistratura reafirmou o direito a casamento homoafetivo ao determinar o prosseguimento de processo de conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo. Enquanto em maio de 2012 o juiz Luis Antonio de Abreu Johnson, da Comarca de Lajeado (RS), reconheceu o casamento homoafetivo contraído no exterior entre um brasileiro e um britânico, determinando o assento do casamento no Ofício Civil. Sem desconhecer que em 15 de agosto de 2012, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo expediu o Provimento 06/2012 que orienta os Cartórios de Registro Civil a receberem pedidos de habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo e pelo Provimento Conjunto n. CGJ/CCI da Bahia insere regramento a respeito da habilitação para casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, como já havia feito o Estado de Alagoas, estando ainda em tramitação o Estatuto da Diversidade Sexual e Proposta de Emenda Constitucional encabeçados pelo Conselho Federal da OAB e o próprio Estatuto das Famílias de autoria do IBDFAM que abstrai do artigo 20 do Estatuto da Família a referência ainda presente no artigo 1.514 do Código Civil (dentre outros dispositivos legais) de que “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”.<sup>368</sup>

Visando pôr fim às eventuais controvérsias, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 175, em 14.05.2013, que dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

Pela referida Resolução, em seu artigo 1º, “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

No artigo seguinte, determina que “a recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis”.

O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo traz consequências para uma série de direitos patrimoniais e o respeito do Estado a esses direitos e a essas uniões.

---

<sup>368</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1084/1085.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A homossexualidade é um traço da personalidade do indivíduo. As uniões entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram e existirão, porém, o espírito do constituinte, em 1988, não foi pela união de pessoas do mesmo sexo.

Verifica-se, pelo texto constitucional, em seu artigo 226, a indicação de que a entidade familiar – sinônimo de família – configura-se a partir do casamento (§§ 1º e 2º), da união estável entre homem e mulher (§ 3º) e monoparental (§ 4º).

Individualmente os homossexuais estavam amparados pelos princípios constitucionais, mas não a união entre pessoas do mesmo sexo.

O Código Civil, depois de 14 anos da Constituição, poderia textualmente suprir esse vácuo jurídico, mas infelizmente apenas reproduziu o texto constitucional sobre a união estável.

O direito deve estar atento à realidade social, sendo que a doutrina e a jurisprudência pátria acompanhavam, de certo modo, essa realidade, tentando reparar a omissão legal e mitigar, ao menos, o preconceito às pessoas que mantinham união homoafetiva.

A inércia legislativa levou a Suprema Corte a decidir sobre a questão da união estável entre pessoas do mesmo sexo, face ao limbo jurídico existente.

É obrigação da Corte ser a ponte entre os direitos fundamentais do ser humano e o dever do Estado em proteger esses direitos.

O Supremo Tribunal Federal, longe de fazer o papel do legislador, mesmo que provisoriamente, interpretou o artigo 1.723 do Código Civil, que trata da união estável entre homem e mulher, de acordo com os objetivos da Constituição Federal (artigo 3º), seus princípios fundamentais (artigo 5º) e, em sintonia com a realidade atual da sociedade brasileira, possibilitando, à minoria homoafetiva, o reconhecimento da união estável.

A Constituição Federal deve garantir, sem dúvida, a proteção do Estado aos grupos minoritários, que têm os seus direitos mitigados e sofrem discriminação por parte da maioria. Eles têm no Judiciário sua última esperança em ver reconhecidos os seus direitos, mesmo que, às vezes, sejam contrários à vontade dessa maioria.

O fato do texto constitucional (artigo 226, § 3º) e do Código Civil (art. 1.723) expressarem, literalmente, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua convalidação em casamento, não impede, assim como decidiu a Suprema Corte, o reconhecimento dessa união entre pessoas do mesmo sexo.

A Constituição Federal, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, que deve ser protegida pelo Estado, deu guarida a uma realidade social, tirando-a do limbo jurídico em que se encontrava. Portanto, é válida a interpretação que reconheceu a união homoafetiva.

Ora, quanto ao casamento, não consta no direito brasileiro a exigência da diferença de gêneros para a sua realização. É cediço que a norma de restrição de direitos fundamentais deve ser interpretada de forma estrita, e o que não está expressamente vedado é permitido.

O artigo 226 da Carta Republicana de 1988 tem rol exemplificativo e não taxativo, cuja interpretação, como já aduzido, deve ser feita em homenagem aos valores e princípios basilares constantes do texto constitucional e de acordo com a realidade social, mesmo que superveniente.

Vê-se, portanto, que o reconhecimento da união homoafetiva não está no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, mas nos princípios e direitos fundamentais, que são normas autoaplicáveis.

Assim, a questão da união homoafetiva está vinculada ao reconhecimento do direito das minorias e de direitos básicos de liberdade e igualdade, e exige um correspondente dever de proteção do Estado, a fim de evitar a discriminação.

O vácuo legislativo causava aos indivíduos homossexuais angústia e sentimento de desproteção, buscando solução no judiciário, estuário de todos os conflitos.

Mesmo que não fosse feita a interpretação de acordo com a Constituição Federal, os direitos fundamentais permitiriam o reconhecimento da união estável homoafetiva, mesmo que dum outro gênero familiar.

Registre-se que até a Constituição Federal de 1988 a família decorria do casamento.

Na atual Carta Magna o afeto passa a ser o núcleo conformador do conceito de família, ou seja, a qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar. Desde que presentes os mesmos requisitos da união estável formada por heterossexuais, merecerá o amparo do Estado e receberá, por ele, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis de pessoas de gêneros distintos.

O afeto representa o fundamento preponderante da família contemporânea, cujo núcleo central é o amor e projetos de vida a realizar.

Ao Supremo Tribunal Federal incumbia a guarda dos direitos fundamentais da minoria homoafetiva, mesmo que se posicionando contramajoritariamente.

Ao intérprete não é possível deixar de dar solução ao problema que emerge da realidade fática, a pretexto da ausência de previsão legal.

A Corte fez interpretação além da literalidade do texto legal e à luz da Constituição Federal, não apenas quanto ao seu artigo 226, mas aos princípios constitucionais.

Não se trata de novidade na Suprema Corte, pois há tempos aplica, com limites, a interpretação conforme à Constituição Federal, na qual não se busca a intenção do legislador.

O judiciário não substituiu o legislador. Na interpretação conforme à Constituição Federal produz-se uma norma a partir do parâmetro constitucional.

O Supremo não praticou ativismo judicial, apenas cumpriu a essência da jurisdição constitucional.

O dispositivo 1.723 do Código Civil impossibilitava o reconhecimento da união homoafetiva, por isso a interpretação de acordo com os direitos fundamentais.

Os artigos da Constituição Federal e do Código Civil estavam sendo usados para impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.

A Constituição Federal não dispõe e não proíbe expressamente a união homoafetiva. Assim, norma de restrição de direitos fundamentais deve ser interpretada de forma estrita.

A Constituição Federal não pode fazer prevalecer o valor da maioria, mas deve salvaguardar o valor de todos.

As decisões até então proferidas pelos diversos tribunais pátrios não davam segurança jurídica aos indivíduos homossexuais.

O Supremo Tribunal Federal tem a responsabilidade de proteger as minorias contra excessos ou omissões da maioria, somadas a inércia do Estado.

Não houve ativismo judicial exercido pela Corte Suprema, vez que esse é o papel do Poder Judiciário, de comportamento afirmativo, sempre que a Constituição Federal é desrespeitada por omissão do Estado.

A omissão do Estado, que deixa de cumprir a imposição ditada pela Constituição Federal, é muito mais grave do que o ativismo judicial.

Independentemente do posicionamento dos que são favoráveis ou não à decisão do Supremo Tribunal Federal, uma coisa é certa: a omissão da Corte seria muito pior.

## REFERÊNCIAS

- A FAMÍLIA: uma abordagem filosófica. Disponível em:  
<[http://www.unicap.br/Pe\\_Paulo/documentos/a\\_familia.pdf](http://www.unicap.br/Pe_Paulo/documentos/a_familia.pdf)>. Acesso em: 9 set. 2016.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O julgamento no STF da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132 em uma perspectiva civil-constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44-58.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das Sucessões. Sucessão em Geral. Sucessão Legítima. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (Coord.). *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Trad. Dora Glaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2012.
- ARISTÓTELES. *Política*. Disponível em:  
<<http://www.pucsp.br/pos/cesima/schenberg/alunos/paulosergio/politica.html>>. Acesso em: 9 set. 2016.
- ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM com informações do portal G1. *Suprema Corte dos Estados Unidos legaliza o casamento gay em todo o país*. 1 jul. 2015. Disponível em:  
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5676/Suprema+Corte+dos+Estados+Unidos+legaliza+o+casamento+gay+em+todo+o+pa%C3%ADs>>. Acesso em: 19 dez. 2016.
- BARBOZA, Helena Heloísa Gomes. Novas tendências do direito de família. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* (2), Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p.228.
- \_\_\_\_\_. Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008.
- BARROS, Sérgio Resende de. A tutela Constitucional do afeto. Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito e Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. O judiciário entrou na política. *Migalhas*. Disponível em:  
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI19490,61044-O+Judiciario+entrou+na+politica>>. Acesso em: 11 mar. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Diferentes, mas Iguais: O reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil*. Disponível em:  
<[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/diferentes\\_iguais\\_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)>. Acesso em: 11 mar. 2016.



BATISTA, Alex Ferreira; COSTA, Rodolfo Grellet Teixeira da. Requisitos caracterizadores da união estável. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVII, 2008, Brasília, DF. *Anais...* Brasília: CONPEDI, 2008. p. 6947-6969. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01\\_904.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01_904.pdf)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Edição pastoral. Trad. Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1990.

BITTENCOURT, Ana Paula Nogueira. *Considerações acerca do direito sucessório brasileiro*. Crítica as soluções inovadoras do novo Código Civil Brasileiro em favor dos cônjuges, assim como as omissões relativas aos companheiros. 15 out. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3771/Consideracoes-acerca-do-direito-sucessorio-brasileiro>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BLANCK, Fernanda Joos; SOARES, Josemar Sidinei. *A primeira raiz ética do estado hegeliano: a família*. Disponível em: <[www.unicentro.br/pesquisa/anais/seminario/pesquisa2008/pdf/artigo\\_451.doc](http://www.unicentro.br/pesquisa/anais/seminario/pesquisa2008/pdf/artigo_451.doc)>. Acesso em: 2016.

BOFF, Leonardo. *A família entre utopia e realidade: uma reflexão teológica*. 14 mar. 2014. Disponível em: <<https://leonardoboff.wordpress.com/2014/03/14/a-familia-entre-utopia-e-realidadeuma-reflexao-teologica/>>. Acesso em: 9 ago. 2016.

BOMFIM, Silvano Andrade. *A vitória do casamento gay no STJ*. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/29965>>. Disponível em: 17 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* (RBDC), n. 18, p. 71-103, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo\\_Silvano\\_Andrade\\_do\\_Bomfim\\_\(Homossexualidade\\_Direito\\_e\\_Religio\\_da\\_Pena\\_de\\_Morte\\_a\\_Uniao\\_Estavel\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bomfim_(Homossexualidade_Direito_e_Religio_da_Pena_de_Morte_a_Uniao_Estavel).pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2016.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Do casamento religioso com efeitos civis e o novo código civil. *O Neófito*, Informativo Jurídico, p. 1-13, 3 dez. 2001. Disponível em: <[www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7815-7814-1-PB.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/7815-7814-1-PB.pdf)>. Acesso em: 18 dez. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 2016.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm)>. Acesso em: 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 2016.

BRITO, Laura Souza Lima e. Família e parentesco: Direito e antropologia. *Revista Discente 3 FGV (red GV)*, São Paulo, Artigo 5, p.76-92, jul/2013.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRUSCHINI, Cristina. Uma abordagem sociológica de família. *Revista brasileira de estudos de população*. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 3, jan./jun. 1989.

CAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 6. Direito de família – as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Divórcio e Separação*. 11. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Derecho y homosexualismo em el derecho comparado. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (IDEF). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá. 2003.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de et al. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916*. Coordenador Cesar Peluzo. 6. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2012.

CASTRO, Adriana Mendes Oliveira. et al. *Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COAD. Agora é lei: Código Civil argentino autoriza união homoafetiva. Disponível em: <<http://coad.jusbrasil.com.br/noticias/2293846/agora-e-lei-codigo-civil-argentino-autoriza-uniao-homoafetiva>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

COGLIOLO, Pietro. *Scritti varii di diritto privato*. 7. ed. Milano: A. Giuffrè, 1940.

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, assinada, em 1969, em São José da Costa Rica. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 2016.

DEUS, Andréa Simone Bermond de. *Ensino Fundamental X Influência familiar*. -

Universidade Cândido Mendes - Instituto A Vez do Mestre - Pós-graduação "Lato Sensu" em Psicopedagogia - Rio de Janeiro, 2006. Disponível em:

<<http://www.avm.edu.br/monopdf/6/ANDR%C3%89A%20SIMONE%20BERMOND%20D%20E%20DEUS.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2016.

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

\_\_\_\_\_. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 9. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *União homossexual: o preconceito & a justiça*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em:

<<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#1>>. Acesso em: 8 set. 2016 (acesso restrito).

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Direito à livre orientação sexual e tutela da diversidade sexual pela constituição federal de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-87.

DIREITO das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIREITO HOMOAFETIVO. Consolidando conquistas. Jurisprudência - Ação declaratória Disponível em: < <http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php#t>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

DOVER, Kenneth James. *A homossexualidade na Grécia antiga*. Trad. Luis Sérgio Krausz. São Paulo: Nova Alexandria, 1994.

DUARTE, Pedro Pereira; BOFF, Clodovis. A Trindade Santa: Modelos Supremos da Família como Comunidade de Amor. *Caderno Teológico da PUCPR*, Curitiba, v. 1, n. 1, p.163-191, 2013. Disponível em:

<<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/teologico?dd99=pdf&dd1=12252>>. Acesso em: 7 set. 2016.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Escala, s/d.

ESTUDANTES da Bíblia. *A bíblia na família e na sociedade*. Disponível em: <<http://www.estudantesdabiblia.com.br/biblia/a-biblia-na-familia-e-na-sociedade.html>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Parecer do Projeto de Código Civil, 2000. Campos dos Goiatacas: Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 2/3, n. 2/3, p. 161-191, 2001-2002.

FACHIN, Melina Girardi. O direito homoafetivo à luz dos princípios constitucionais: a policrâmia da fotografia da família contemporânea na moldura constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59-74.

FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

FARIAS, Monique Moraes. *União homoafetiva como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/6161/1/PDF%20-%20Monique%20Moraes%20Farias.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; LOPES, Sarila Hali Kloster. *O preconceito que gera a homofobia, fruto do desrespeito aos direitos personalíssimos e à dignidade do homossexual*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c930eecd01935fee>>. Acesso em: 17 out. 2016.

FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. Paraná: Positivo, 2010.

FERRY, Luc. *A invenção do divórcio e o sagrado na contemporaneidade*. Disponível em: <<http://www.fronteras.com/artigos/a-invencao-do-divorcio-e-o-sagrado-na-contemporaneidade>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

GABURRI, Fernando. Proteção ao bem de família do casal homoafetivo: a reconstrução da noção de sujeito de direito à luz do direito civil constitucional. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 329-347.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da família e jurisprudência brasileira. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (IDEF). *Homossexualidade: Discussões jurídicas e psicológicas*. 1. ed., 3 tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 114-138.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 4. ed. v. VI. São Paulo: Saraiva, 2007.

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Conceitos*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/conceitos.shtm>>. Acesso em: 2016.

KRASNOW, Adriana N. El nuevo modelo de matrimonio civil en el derecho Argentino. *Revista Derecho Privado*. n.22 Bogotá jan./june 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0123-43662012000100001](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662012000100001)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

LACAN, Jaques. *Os complexos familiares*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

LASSO, Pablo. Antropologia cultural e homossexualidade: variantes do comportamento sexual, culturalmente aprovadas. *Homossexualidade – Ciência e consciência*. São Paulo: Loyolla, 1985, p. 31-43.

LEAL, Filipe de Freitas. A família segundo Durkheim. Estudos acadêmicos. 2015. Disponível em: <<http://obloghumanista.blogspot.com.br/2010/12/origens-david-emile-durkheim-nasceu-em.html>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

LEITE, Glauco Salomão. Jurisdição Constitucional, ativismo judicial e minorias: O Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29-43.

LEVY, Laura Affonso da Costa. *Família constitucional, sob um olhar da afetividade*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7438](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7438)>. Acesso em: 18 dez. 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Conferência Magna – Princípio da Solidariedade Familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e solidariedade*. Rio de Janeiro: IBDFAM; Lumen Juris, 2008, p. 1-17.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

\_\_\_\_\_. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

MADALENO, Rolf. *A União (in)Estável (Relações Paralelas)*. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=323>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito de família*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A união homoafetiva no direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. v. 2. Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEGRÃO, Theotonio et al. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável*. 5. ed. São Paulo: Paloma, 2001.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. O direito à liberdade de orientação sexual para além das limitações de gênero. In: FERRAZ, Carolina Valença (Coord.) et al. *Manual do direito homoafetivo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88-99.

O PARADOXO da União Estável: um Casamento Forçado. *Revista Nacional de direito de Família e Sucessões*, Lex Magister/IASP, v. 2, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável de acordo com o novo Código Civil*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PETRINI, João Carlos. Mudanças sociais e familiares na atualidade: reflexões à luz da história social e da sociologia. *Memorandum*, 8, p. 20-37, 2005. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~memorandum/artigos08/petrini01.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. V. 17. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIZZI, Maria Leticia Grecchi. Conceituação de família e seus diferentes arranjos. *Ensino de Sociologia em Debate*. Revista Eletrônica: LENPES-PIBID de Ciências Sociais, UEL, n. 1, v. 1, p. 1-9, jan.-jun. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/lenpes-pibid/pages/arquivos/1%20Edicao/1ordf.%20Edicao.%20Artigo%20PIZZI%20M.%20L.%20G.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

RAMUS, Gustavo. Amor sustentável. *Ecopolítica*, 3, p. 110-117, 2012. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/ecopolitica/article/download/11392/8301>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

REPENSANDO o Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RIBEIRO, Paulo Silvino. Família: não apenas um grupo, mas um fenômeno social. *Brasil Escola*. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/familia-nao- apenas-um-grupo-mas-um-fenomeno-social.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

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

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. *A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em 17 out. 2016.

SAMARA, Eni de Mesquita. *Casamento e papéis familiares em São Paulo no séc. XIX*. Departamento de História da FFLCH da USP. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/viewFile/1591/1581>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

SANTIAGO, Marcelo; FEITOSA, Lourdes Conde. *Família e gênero: Um estudo antropológico*. Mimesis, Bauru, v. 32, n. 1, p. 29-41, 2011. Disponível em: [http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis\\_v32\\_n1\\_2011\\_art\\_03.pdf](http://www.usc.br/biblioteca/mimesis/mimesis_v32_n1_2011_art_03.pdf)>. Acesso em: 8 set. 2016.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar*. 21 jul. 2010. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARTI, Cynthia Andersen. *Parentesco e família*. Disponível em: <http://integras.blogspot.com.br/2009/05/parentesco-e-familia.html>>. Acesso em: 8 set. 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Namoro e união estável: distinções*. Disponível em: <http://reginabeatriz.com.br/namoro-e-uniao-estavel-distincoes/>>. Acesso em: 8 jul. 2016.

SILVA, Rosane Aparecida Frason da. *União Homoafetiva*. Disponível em: <http://www.emap.com.br/conteudo/biblioteca/monografias/Rosane%20Aparecida%20Frason%20da%20Silva.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

SIMÃO, José Fernando. *União estável - Jurisprudência em Teses - Parte I*. Disponível em: [http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel---jurisprudencia--em-teses--parte-i/16318#\\_ftn2](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/uniao-estavel---jurisprudencia--em-teses--parte-i/16318#_ftn2)>. Acesso em: 9 jul. 2016.

SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Trad. Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792008000300014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792008000300014)>. Acesso em: 9 set. 2016.

SOUZA, Ivone Coelho de. Homossexualismo, uma instituição reconhecida em duas grandes civilizações. In: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA (IDEF). Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2001, p.101-112.

STRECK, Lenio Luiz. *O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?* Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

TAVRES, Anna Livia Freire. *A evolução do direito sucessório quanto à origem da filiação no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise à luz da constitucionalização do direito civil.* Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=3333](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3333)>. Acesso em: 18 dez. 2016.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes Ivo. *Direito de Família: A união estável na sociedade brasileira.* Disponível em: <[www.avm.edu.br/docpdf/monografias\\_publicadas/K224526.pdf](http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K224526.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

TELESUR. *Colombia aprueba el matrimonio igualitario.* 2016. Disponível em: <<http://www.telesurtv.net/news/Colombia-aprueba-el-matrimonio-homosexual-20160407-0054.html>>. Acesso em: 21 jan. 2017

YANAGUI, Viviane Brito. *União Homossexual: necessidade de reconhecimento legal das relações afetivas entre Pessoas do mesmo sexo no Brasil.* Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/56/Viviane\\_Brito.pdf?sequence=3](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/56/Viviane_Brito.pdf?sequence=3)>. Acesso em: 21 jan. 2017.

VATICANO. Catecismo da Igreja Católica. Disponível em: <[http://www.vatican.va/archive/cathechism\\_po/index\\_new/indice\\_po.html](http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/indice_po.html)>. Acesso em: 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Decisão Comentada. 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. 10. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, out/nov. 2007. Bimestral.

\_\_\_\_\_. *Manual da Homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

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

\_\_\_\_\_. Em evidência. Homoafetividade e o Direito. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil.* v. 1 (jul./ago. 2004) – Porto Alegre: Magister. 2004. Bimestral. v. 39 (nov./dez. 2010).



## ANEXO

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA

TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de

constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 div. 13-10-2011 p. 14-10-2011).

Integra do voto do Relator: “2. É por todos conhecido o traço do individualismo voluntarista que marcou os diplomas civis do mundo no início do século XIX, dos quais se destaca, de forma eloquente, o Código Napoleão (1804), modelo que foi incorporado em diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (Código Civil de 1916). Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os

particulares, contratantes ou proprietários, e tem-se como pilar axiológico a autonomia da vontade, naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente. A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, surgindo as chamadas *normas de ordem pública* - em espaços antes privados por excelência, como a família, a propriedade, o contrato e o trabalho. A consagração de normas desse jaez, pregoeiras de direitos tidos por indisponíveis, marcou a fase denominada *publicização do direito privado*, segundo a qual alguns efeitos de atos jurídicos privados eram predeterminados pelo ordenamento, de forma absoluta, surgindo o germe de temas contemporâneos, como a função social do contrato e da propriedade. Na esteira das transformações experimentadas pelo direito privado, depois da *publicização* veio a chamada *constitucionalização do direito civil*, momento em que o foco transmudou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, a qual, no caso brasileiro, contém normas relativas à família, criança, idoso, adolescente, proteção do consumidor e função social da propriedade. Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional. Na expressão certa de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição passa a ser não somente "o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade" (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60). Nessa linha de evolução, penso que também por essa ótica deva ser analisado o papel do Superior Tribunal de Justiça, notadamente das Turmas de Direito Privado. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 3. A segunda observação introdutória diz respeito ao papel do juiz moderno, ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais para o Estado Democrático de Direito. Com efeito, a concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não

serão objetos de exame no caso em julgamento. É que vicejam, no particular, as palavras de John Rawls, para quem: Os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Estes devem ser considerados irrelevantes. Eles não podem, da mesma forma, invocar visões religiosas ou filosóficas, deles próprios ou de outras pessoas. ( *Apud* . SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011 p. 310) No mesmo sentido é a filosofia de Chaïm Perelman sobre direito e moral: [...] pode haver boas razões para que as regras morais não sejam inteiramente conformes às regras jurídicas, pois estas são sujeitas a condições de segurança, a presunções e a técnicas de prova, com as quais o juízo moral não se embaraça muito. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito* . 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.305) A partir dessa idéia central, colho trechos do voto proferido pelo eminente Ministro Aliomar Baleeiro (STF), ainda na década de 1960 (RMS n. 18.534/SP), mas bastante atual: Ninguém contesta o direito de a sociedade, da qual é órgão o Estado, defender-se do obsceno e repugnante e, sobretudo, preservar de influências deletérias o caráter do adolescente e da criança. [...] Mas o conceito de "obsceno", "imoral", "contrário aos bons costumes" é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales, assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou "duas peças") seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos. Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até tempo bem próximo ao atual. [...] Os juízes dos tempos de nossos avós e pais, ao que eu saiba, não apreenderam nunca *A Carne* , de Júlio Ribeiro, hoje um clássico. Mostraram com isso compreensão acima de qualquer farisaísmo ou pressão religiosa. Não há motivo para imitarmos o puritanismo da autoridade postal dos Estados Unidos, que proibiu o tráfego de cópias coloridas da *Maya desnuda* , de Goya, pintada no mais católico, preconceituoso e clerical dos países. Seria o mesmo que um *cache-sexe* no *David* de Miguel Ângelo. (RMS 18534, Relator (a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 01/10/1968, EMENT VOL-00751-03 PP-01156 RTJ VOL-00047-03 PP-00787) Transcrevo também a reflexão realizada pelo eminente Ministro Marçó Aurélio, também da Suprema Corte, no voto proferido na ADPF n. 132, acerca das possibilidades de coexistência entre direito e moral: [...] o Direito sem a moral pode legitimar

atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã. [...] Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces - Barba Martínez ( *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general* , 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa.

4. Nesse contexto, a controvérsia instalada nos autos consiste em saber se é possível o pedido de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, tendo as recorrentes recebido respostas negativas, tanto na esfera cartorária, quanto nas instâncias judiciais - sentença e acórdão de apelação. O acórdão, além de invocar doutrina sobre teoria geral do direito e de hermenêutica jurídica, acionou os arts. 1.514, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, enfatizando as alusões aos termos "homem" e "mulher" (ou "marido e mulher"), reciprocamente considerados, cuja união seria a única forma de constituição válida do casamento civil. Os dispositivos citados contêm a seguinte redação: Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. [...] Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados." [...] Art.1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Finalmente, concluiu o acórdão recorrido que: [...] o fato de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo não ser expressamente vedado pelos artigos 1.521 e 1.523 do CCC, não significa que esteja permitido, ou que sua existência possa ser “integrada” pelo Juiz, porquanto estreme de qualquer dúvida que a própria substância do conceito de casamento traz ínsita a idéia, milenar, da união entre um homem e uma mulher.

4.1. Ressalto que os óbices relativos às expressões "homem" e "mulher", utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela

Constituição Federal, art. 226, 3º, foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada "união homoafetiva". Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte: REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 2/9/2008, DJe 6/10/2008; REsp 1085646/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 11/5/2011, DJe 26/9/2011; REsp 827.962/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 21/6/2011, DJe 08/08/2011. Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723, do Código Civil de 2002, interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", "entendida esta como sinônimo perfeito de "família"". A Suprema Corte asseverou que: "... este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva" (voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto). Portanto, o próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva, como se denota expressamente de trecho do voto do eminente Relator: [...] que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (1º do art. 226 da CF), sabido que **o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher"** . (sem grifo no original). No mesmo sentido foi o voto do Ministro Março Aurélio (STF), alicerçado em escólio proferido pelo ilustre Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, acerca do direito de todo indivíduo à livre formulação de um projeto de vida: Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia* , julgado em 12 de setembro de 2005: Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu **projeto de vida** . O vocábulo "projeto" encerra em si toda uma dimensão

temporal. **O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral** . É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre) O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: **ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie** . 4.2. A questão que ora se enfrenta é saber se o mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso dos autos, em que se pleiteia a habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo. A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo ter-se também em mente a polissemia da palavra "casamento", o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma *instituição social* , uma *instituição natural* , uma *instituição jurídica* e uma *instituição religiosa* , ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente "família". No particular, como antes ressaltado, constituir-se-ia providência inócua investigar qual a concepção de casamento em seu sentido religioso ou sacramental, uma vez que vigora no ordenamento pátrio o princípio da liberdade religiosa, em razão do qual o conceito de casamento religioso pode revestir-se de diversos significados. Releva notar que a doutrina de direito de família menciona diversas seitas e religiões em que se tolera, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, *verbis* : São exemplos de tolerância as Igrejas da Comunidade Metropolitana (Estados Unidos e Brasil), Associação Unitária Universalista (Estados Unidos), Igreja Unida (Canadá), Igreja para Todos, Igreja Cristã Contemporânea e Comunidade Cristã Nova Esperança (Brasil) etc. (GIORGIS, José Carlos Teixeira. O casamento igualitário e o direito comparado. in. *Diversidade sexual e direito homoafetivo* . Coord. Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71). Vale dizer, não é por essa ótica que se alcançará a uniformidade semântica do casamento.



Analisando o instituto por outro ângulo, é fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade. Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída. Como noticia Arnaldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163). Somente depois do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que o casamento passou a ter natureza civil. O Código Civil de 1916 também manteve a sistemática segundo a qual a única forma válida de constituição de família era mediante o casamento. O seu revogado art. 229 dispunha que "criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos". Em direção análoga era o 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, a Carta Republicana de 1934, art. 144, art. 124 da Constituição de 1937, art. 163 da Carta de 1946, EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69), art. 175. Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, que o foco de proteção estatal era o próprio casamento em si, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido), individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade e igualdade de tratamento perante a lei. Porém, em meados da década de 80, a realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente, que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento - civil ou religioso -, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família. Inaugura-se em 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns", quanto à forma de constituição dessa família. Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa

humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III). Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, **exemplificadamente**, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado. Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, antes invocada, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88: De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas.** (grifado no original) A bem da verdade, pela Carta de 88, a família foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros. Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ: "O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis* : "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifado no original) 4.3. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do

casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade. Assim, Se casamento fosse o mesmo atualmente, como o foi nos últimos dois mil anos, seria possível casar-se aos doze anos de idade, com uma pessoa desconhecida, por via de um casamento "arranjado"; o marido ainda poderia vislumbrar a própria esposa como propriedade e dispor dela à vontade; ou uma pessoa poderia ser condenada à prisão por ter se casado com uma pessoa de raça diferente. E, obviamente, seria impossível obter um divórcio, apenas para citar alguns exemplos. (CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199) Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos. O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores. Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado. É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso. Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica. Atentando-se a isso, o **pluralismo familiar** engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas. O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é **como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado** e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Essa, segundo parece, deve ser exatamente a

interpretação conferida ao art. 226, 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento. Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos *deficits* naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados. O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, **pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família** . Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor **protege** a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

4.5. O sexo, entendido como gênero - e, por consequência, a sexualidade, o gênero em uma de suas múltiplas manifestações -, não pode ser fator determinante para a concessão ou cassação de direitos civis, porquanto o ordenamento jurídico explicitamente rechaça esse fator de discriminação, mercê do fato de ser um dos **objetivos fundamentais da República** - vale dizer, motivo da própria existência do Estado - "promover o **bem de todos** , sem preconceitos de origem, raça, **sexo** , cor, idade e **quaisquer outras formas de discriminação** " (art. 3º, inciso IV, da CF/88). Constituindo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da CF/88), é bem de ver também que a dignidade da pessoa humana não é aumentada nem diminuída em razão do concreto uso da sexualidade das pessoas, salvo em casos justificadamente pré-estabelecidos pelo direito, notadamente quando a própria sexualidade é manejada no desiderato de negar a dignidade e a liberdade sexual de outrem, como ocorre no caso de crimes sexuais. De mais a mais, a sexualidade da pessoa encontra-se abrigada naqueles recônditos espaços morais, desde logo gravados pela Constituição com a cláusula da inviolabilidade, quais sejam a intimidade e a vida privada, ambas, no mais das vezes, exercitadas também em um espaço tido constitucionalmente como "asilo inviolável". Nessa linha, a chamada Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) reconheceu a imprestabilidade da orientação sexual como fator determinante à configuração de violência doméstica e, por consequência, à proteção conferida pelo Estado à família e à dignidade da pessoa humana: Art. 2º Toda mulher, **independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual** , renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais

inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. [...] Art. 1º [...] Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual** . Nesse particular, socorro-me, mais uma vez, dos fundamentos contidos no voto proferido pelo eminente Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADPF n. 132: [...] a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou superávit de vida. Não enquanto um *minus* ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. [...] Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. [...] [...] **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais** . [...] a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade . Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. (grifado no original) No mesmo sentido, sob a égide do paradigma formado no precedente acima citado, o STF explicitou que o julgamento proferido pelo Pleno, na ADPF n. 132/RJ, "proclamou que ninguém, *absolutamente ninguém* , pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual" (RE 477554 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe). No mesmo passo, asseverou o eminente relator: Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem

formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integrem a comunhão nacional. De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. **Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença .**

Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar ( 7º do art. 226). É importante ressaltar, ainda, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 5. Portanto, retomando o curso do raciocínio, fincado nessas premissas, tenho que a interpretação conferida pelo acórdão recorrido aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, observada a máxima vênia, não é a mais acertada. Os mencionados dispositivos não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. Valho-me, para o caso em apreço, dos mesmos fundamentos utilizados para desempatar o julgamento do REsp. n. 820.475/RJ, no qual se discutia a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Acolheu-se, naquele julgamento, o princípio geral de que, inexistindo vedação expressa na lei ou na Constituição, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido. Em síntese, *mutatis mutandis* , foram os seguintes os fundamentos condutores do voto: [...] 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. A despeito 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, dès 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. [...] Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado, tanto pelo STJ quanto pelo STF, para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável, deve ser

utilizado para lhes franquear a via do casamento civil, mesmo porque é a própria Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, 3º). De resto, é interessante notar que, se às uniões homoafetivas opunha-se o óbice da literalidade do art. 226, 3º, CF/888, que faz expressa referência a "homem e mulher", é bem de ver que não há a mesma alusão quando a Carta trata do casamento civil (226, 1º). Ademais, como vem sendo amplamente noticiado pela imprensa, algumas uniões estáveis homoafetivas estão sendo convertidas em casamento, exemplo do fato ocorrido no Município de Jacareí/SP. 5. Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma. Em crítica à decisão do STF, afirmou-se, por exemplo, que "[a] tradição existe por algum motivo e não deve ser mudada pelo voto de um pequeno grupo, mas pela consulta ao grande público ou através de seus representantes, eleitos para isso" (DOUGLAS, William. *Dois Surdos Os religiosos e o movimento gay*. Revista Jurídica Consulex, São Paulo: Consulex, 2011 (345): p. 46-47, 1/6/2011). O próprio acórdão recorrido afirmou que "a hipótese ventilada não prescinde de discussão parlamentar", já que o ativismo judicial "nem sempre se traduz nas reais aspirações da sociedade". Não impressiona, contudo, a tese de que a matéria deve ser apreciada, por primeiro, pelo Congresso Nacional, sobretudo para avaliar se há "aceitação social" do casamento homoafetivo. Sem hesitar, é de encontrar resposta negativa a indagação formulada por Ronald Dworkin, segundo a qual "será que uma maioria moral "pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?" (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 645). De fato, a Constituição Federal, em seu preâmbulo, evoca o "povo" como legitimador do poder - "Nós, representantes do povo brasileiro [...]" -, seguindo-se que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (art. 1º, parágrafo único). Porém, se o povo é a figura central da democracia, cumpre indagar quem é o povo? (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011). Isso porque o regime representativo - que possui como fonte de poder o "povo" - não é necessariamente um regime democrático. Vale dizer, pois, que pode ocorrer "representação" sem democracia, e democracia sem "representação", como aconteceu a partir da constituição francesa de 1791, cujos eleitos governavam "de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo"

(BONAVIDES, Paulo. O regime representativo e a democracia. *Revista de Direito Público*. RDP 3/99. jan.-ma/1968 ). Nesse passo, importa ressaltar que "povo" - que é sempre a base de toda democracia - é conceito plurívoco, que não exprime identidade com a ideia de maioria da população votante. É que a democracia é forma de governo cujo acesso ao poder é estabelecido pela maioria, mediante técnicas diversas, mas que, de forma nenhuma, deve isso significar que o exercício do poder tenha como destinatário essa maioria legitimadora do acesso ao poder. O "estado de direito" só é genuinamente "democrático" se o é em seu conteúdo, e não somente em sua forma. É dizer: o problema da legitimação democrática possui dimensão mais elástica e, por isso mesmo, nem sempre se resolve singelamente pela regra majoritária, a qual se presta, no mais das vezes, a justificar apenas o acesso ao poder. Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado dever prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto. O problema da legitimação democrática só é bem analisado pela lente da universalização das prescrições do Estado, o qual será legitimado quando considerado o povo não apenas como a fonte do poder, mas também como o destinatário de suas ações, ou como a "totalidade dos atingidos pela norma", e, em razão disso, algo bem diferente da maioria votante, como explica Friedrich Müller: Não há nenhuma razão democrática para despedir-se simultaneamente de um possível conceito mais abrangente de povo: do da totalidade dos atingidos pelas normas: *one man one vote* . Tudo o que se afasta disso necessita de especial fundamentação em um Estado que se justifica como "democracia. [...] Esse padrão se repete: o povo não é apenas - de forma indireta - a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições bem como - de forma direta - por meio de referendos legislativos; ele é de qualquer modo o destinatário das prescrições, em conexão com deveres, direitos e funções de proteção. E ele justifica esse ordenamento jurídico num sentido mais amplo como ordenamento democrático, à medida que o aceita globalmente, não se revoltando contra o mesmo. Nesse sentido ampliado, vale o argumento também para os não eleitores, e igualmente para os eleitores vencidos pelo voto (tocante ao direito eleitoral fundamentado no princípio da maioria) ou para aqueles cujo voto foi vitimado por uma cláusula limitadora. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 pp. 53-56) Essa visão distorcida do que seja democracia - como sendo o governo da maioria - também foi pontuada por Ronald Dworkin, ao criticar processos políticos que, embora formalmente democráticos, relegavam ao ocaso minorias sociais destituídas de expressão político-eleitoral, como foi o caso dos negros e homossexuais, em determinado momento da



história dos Estados Unidos. Confirma-se o magistério do filósofo americano, em seu clássico *A Virtude Soberana*: A hipótese do processo político justo também é duvidosa quando o grupo que perde foi vítima histórica de um preconceito ou estereótipo que torna provável que seus interesses sejam desprezados pelos eleitores. [...] Em primeiro lugar, o grupo pode ser tão marginalizado financeira, social e politicamente, que lhes falem meios para chamar a atenção dos políticos e dos outros eleitores para seus interesses e, assim, não exercer o poder nas urnas, ou em alianças ou barganhas com outros grupos, que se esperaria que o número de componentes do grupo fosse capaz de produzir. Em segundo lugar, pode ser vítima de vieses, preconceitos, ódios ou estereótipos tão graves que a maioria queira reprimi-lo ou puni-lo por tal motivo, mesmo quando as punições não sirvam a nenhum outro interesse, mais respeitável ou legítimo, de outros grupos (DWORKIN, Ronald. *A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 654-656). Definitivamente, como bem asseverou Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra de Friedrich Müller, a soberania popular não é absoluta, quanto ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas, de modo que a regra da maioria não pode se afastar do fato de que "o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas" (*Op cit.* p. 22). Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 7. Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos. São exemplos de países que reconheceram o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: Argentina, África do Sul, Holanda, Bélgica, Suécia, Canadá, Espanha, Portugal e em diversas unidades federativas dos Estados Unidos, como nos Estados de Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, Connecticut, Iowa e Vermont.

Particularmente interessantes - apenas para ficarmos em poucos exemplos - são as situações de Portugal e do Estado de Massachusetts/EUA. Em Portugal, antes da Lei n. 9-XI de 2010, o Código Civil, art. 1.577º, dispunha que: 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. O art. 1.628º, alínea e, do mesmo Diploma dispunha que: É juridicamente inexistente: [...] O casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo. Porém, a Lei n. 9-XI, de 2010, reconheceu explicitamente a possibilidade de parceiros do mesmo sexo contraírem casamento civil, alterando o regramento do instituto nos seguintes termos: Art. 1º. Objectivo A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Art. 2º. Alterações ao regime do casamento Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção: "Art. 1.577º. [...] Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código". [...] Art. 4º. Norma revocatória É revogada a alínea e) do art.11.628º do Código Civil. Art.5º. Disposição final Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art.3º. A mencionada lei foi posta ao crivo preventivo de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional Português, decidindo aquela Corte pela improcedência das dúvidas quanto à constitucionalidade do ato, notadamente tomando-se por parâmetro o art.36º, n. 1, da Constituição Portuguesa (Cf. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 213). Em Massachusetts/EUA, houve reconhecimento judicial da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo a Suprema Corte daquele Estado decidido que as licenças para casamento civil deveriam ser concedidas também aos pares homoafetivos, determinando-se que as leis existentes sobre casamento fossem tornadas neutras quanto ao gênero. Transcrevo parte dos fundamentos do voto da Juíza Magaret Marshall, da Corte de Massachusetts, no julgamento paradigma, deixando claro a presidenta da Corte que não seria partidária de nenhuma posição moral ou religiosa sobre o tema: Muitas pessoas têm sólidas convicções religiosas, morais e éticas de que o casamento deveria limitar-se à união de um homem e uma mulher e de que a conduta homossexual é imoral. Muitas têm convicções religiosas, morais e éticas igualmente sólidas de que pessoas do mesmo sexo têm direito a se casar e de que casais homossexuais deveriam receber o mesmo tratamento dado a casais heterossexuais. Nenhuma dessas opiniões responde à questão que temos diante de nós. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não impor nosso próprio código moral. ( *Apud* . SANDEL, Michael J.. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. [Tradução de Heloisa

Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 318) Continuando a fundamentação, a Juíza Marshall aduziu que a exclusão do casamento aos pares homossexuais é incompatível com o "respeito à autonomia e à igualdade dos indivíduos aos olhos da lei". Assim, a liberdade de "escolher se casar e com quem se casar seria vã" se o Estado pudesse "tolher os direitos do indivíduo de escolher livremente a pessoa com quem ela queira compartilhar um compromisso exclusivo". Com efeito, a questão - defende Marshall - não é o valor moral da escolha, mas o direito de o indivíduo de fazê-la, ou seja, o direito de os reclamantes "de se casar com o parceiro escolhido" (SANDEL, Michael J. *Op. cit.* p. 318). Quanto aos traços marcantes do casamento, a Juíza Magaret Marshall também acolhe o entendimento de não ser a fertilidade condição para a realização do casamento, "é o exclusivo e permanente comprometimento dos parceiros entre si, e não a concepção de filhos, o *sine qua non* do casamento" (*Ibidem*, p. 320). Em arremate, afirma que restringir o casamento aos heterossexuais "confere um selo oficial de aprovação do estereótipo destrutivo de que os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são inerentemente instáveis e inferiores às uniões entre sexos opostos e não merecedores de respeito" (*Ibidem*, p. 321). Finalmente, é importante noticiar que a Suprema Corte de Massachusetts concedera ao Poder Legislativo local o prazo de 180 dias para adequar a legislação à decisão ora em comento. Durante o prazo, o Senado de Massashusetts formulou consulta indagando se seria possível cumprir a decisão criando uma "união civil" para os homossexuais, que lhes atribuisse direitos e responsabilidades equivalentes aos previstos para os cônjuges casados. A resposta negativa da Suprema Corte ao pretense eufemismo legislativo foi, deveras, emblemática, como bem noticia Daniel Sarmiento, cujos excertos, no que interessa, transcrevem-se abaixo: "A proibição absoluta do uso da palavra "casamento" pelos "cônjuges" do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as expressões "casamento civil e união civil" não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodrige, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja". (SARMENTO, Daniel. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. in. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007, p. 43) 8. Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca

da universalização dos direitos civis. 9. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, salvo se por outro motivo as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio. É como voto.”. (STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012).

AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - COABITAÇÃO - REQUISITO QUE NÃO SE REVELA ESSENCIAL AO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO - PRECEDENTES - AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no AREsp 59.256/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 04/10/2012).

CIVIL. FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE COABITAÇÃO DAS PARTES. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.723 DO CC NÃO CONFIGURADA. PARTILHA. IMÓVEL ADQUIRIDO COM RECURSOS PROVENIENTES DO SALÁRIO DO VARÃO. SUB-ROGAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART.1.659, II, DO CC. 1. É pacífico o entendimento de que a ausência de coabitação entre as partes não descaracteriza a união estável. Incidência da Súmula 382/STF. 2. Viola o inciso II do art. 1.659, do CC a determinação de partilhar imóvel adquirido com recursos provenientes de diferenças salariais havidas pelo convivente varão em razão de sua atividade profissional, portanto de natureza personalíssima. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.(REsp 1096324/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/05/2010).

DIREITOS PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. CONVIVÊNCIA SOB O MESMO TETO. DISPENSA. CASO CONCRETO. LEI N. 9.728/96. ENUNCIADO N. 382 DA SÚMULA/STF... I - Não exige a lei específica (Lei n. 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável. II - Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes. III - O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja

aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado. IV - Seria indispensável nova análise do acervo fático-probatório para concluir que o envolvimento entre os interessados se tratava de mero passatempo, ou namoro, não havendo a intenção de constituir família... (STJ - REsp: 474962 SP 2002/0095247-6, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 23/09/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.03.2004 p. 186<BR>RBDF vol. 23 p. 93<BR>RDR vol. 30 p. 444).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.173.188 - MG (2009/0120037-9) RELATOR: MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) AGRAVANTE: L C ADVOGADO: CAREN BECKER ALVES DE SOUSA E OUTRO (S) AGRAVADO: I DA A O ADVOGADO: LEON BAMBIRRA OBREGON GONÇALVES E OUTRO (S) DECISÃO... No mais, esta Corte Superior consagrou o entendimento de que, para a caracterização da união estável, devem-se considerar diversos elementos, tais como o ânimo de constituir família, o respeito mútuo, a fidelidade, a coabitação, a comunhão de interesses e a estabilidade da relação. A respeito: DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONFIGURAÇÃO. COABITAÇÃO. ELEMENTO NÃO ESSENCIAL. SOCIEDADE DE FATO. AUSÊNCIA DE PROVA DE COLABORAÇÃO PARA A AQUISIÇÃO DOS BENS EM NOME DO DE CUJUS. NÃO CONFIGURAÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. PRESUNÇÃO DE MÚTUA COLABORAÇÃO PARA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO. DIREITO À PARTILHA.- O art. 1º da Lei nº 9.278/96 não enumera a coabitação como elemento indispensável à caracterização da união estável. Ainda que seja dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, não se trata de requisito essencial, devendo a análise centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectio societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum(...) Recurso especial conhecido e provido. (REsp 275.839/SP, Rel. para acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 23.10.2008).... Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Intimem-se. Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2011. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) Relator (STJ - Ag: 1173188, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Publicação: DJ 24/02/2011).

União estável. Requisitos. Coabitação. Desnecessidade. Configuração. É reconhecida como a união estável entre as partes se a prova dos autos demonstrarem convivência pública, contínua

e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família, não sendo requisito para sua configuração a coabitação sob o mesmo teto. (TJ-RO - APL: 00097138720128220002 RO 0009713-87.2012.822.0002, Relator: Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 07/04/2016.)

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Em que pese a coabitação ser um bom indício de existência de união estável, não é requisito essencial para que a união estável exista. No caso, a sentença demonstrou, de forma muito bem fundamentada, que a união estável dos litigantes já existia desde 2001, apesar das partes não residirem sob o mesmo teto. No que toca ao recurso adesivo da autora, fato é que também não ficou demonstrado que o relacionamento, antes de 2001, apresentou as características da publicidade, continuidade, durabilidade e ânimo de família. Caso em que a sentença que reconheceu a união estável entre abril de 2001 até fevereiro de 2012 e determinou a consequente partilha dos bens, adquiridos nesse período, vai mantida pelos próprios fundamentos. NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS. (Apelação Cível Nº 70058897554, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 02/10/2014). (TJ-RS - AC: 70058897554 RS, Relator: Rui Portanova, Data de Julgamento: 02/10/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/10/2014).

EMENTA: FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. PROVA. AUSÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- A Constituição Federal e o Código Civil reconhecem como entidade familiar e dão proteção à união estável, desde que reunidos os requisitos legais, tais quais convivência contínua, pública, duradoura, e com ânimo de constituir família, sendo certo que a coabitação não é requisito essencial.

- Não comprovado o preenchimento de tais requisitos, sobretudo o ânimo de constituir família, não é possível se reconhecer a existência da entidade familiar entre as partes. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.163982-5/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/07/2015, publicação da súmula em 16/07/2015).

Voto do Relator, na íntegra: Sobre a dignidade da pessoa humana o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, disciplina: “I – homens e mulheres são iguais perante a lei nos termos

da constituição.”. O que se depreende do significado de isonomia é que ninguém sofre qualquer tipo de discriminação, podendo, inclusive, a pessoa optar por sua orientação sexual. Na esteira desse entendimento, bem oportuna a jurisprudência trazida pelo Juiz a quo (fls. 81): A dignidade da pessoa humana constitui o cerne do conceito do Estado Democrático de Direito, fundamento da ordem constitucional, objetivando coibir qualquer ingerência que possibilite a invasão do decoro das pessoas. O ser humano tem direito a receber tratamento de seus semelhantes como pessoa humana, sem qualquer discriminação, quer de raça, sexo, convicção política, filosófica ou religiosa. A concepção de dignidade da pessoa humana abarca todos aqueles direitos fundamentais como os individuais, os de cunho econômico, social e moral. O Estado possui como escopo assegurar condições para que as pessoas se tornem dignas. Dessarte, impõe-se ao Estado reconhecer a liberdade de orientação sexual a fim de manter-se a dignidade dos indivíduos. É portanto, neste sentido, o que deve se dar a interpretação ao art. 217, I, c, da Lei 8.112, de 1990. Tendo, in casu, o agravado e seu ex-companheiro vivido por cinquenta e dois anos sob o mesmo teto, sendo que o falecido, José Pinheiro Ribeiro, contribuía com a maior parte dos recursos financeiros para manutenção da casa, visto que o autor, hoje com 72 (setenta e dois) anos de idade, encontra-se doente e sobrevivendo com poucos vencimentos recebidos do INSS (fls. 32). Tendo, no caso vertente, a tutela natureza alimentar, observo que a decisão está correta. A entidade familiar, na verdade, não significa a presença do homem e da mulher e dos filhos. Como diz LUIZ EDSON FACHIN, em Elementos críticos do direito de família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101, talvez “haja um equívoco na base da formulação doutrinária e jurisprudencial acerca da diversidade de sexos como pressuposto do casamento”. Tem o juiz de acompanhar a evolução da sociedade, de encarar de frente a realidade. Observe-se que tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei 1.151, de 1995, de autoria da Deputada MARTA SUPPLY, hoje Prefeita do Município de São Paulo, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo. No art. 1º, lê-se: “É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade.” O substitutivo adotado pela Comissão Especial a esse projeto, tendo como relator o Deputado ROBERTO JEFFERSON, vai mais longe, pois no seu art. 1º dispõe o seguinte: “É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados por nesta Lei.” Daí ter dito o Ministro JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, do Supremo Tribunal Federal, em entrevista à Revista Veja, edição de 05/03/97: Nada impede que o magistrado construa interpretação própria a partir da necessidade de realizar os fins sociais a que se dirige a lei. O problema é que, muitas vezes,

essa visão é condicionada por uma abordagem conservadora que, ignorando o espírito do tempo, restringe o alcance da lei. MARIA BERENICE DIAS, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em *União homossexual* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 67, disse com precisão: Se a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que o relacionamento de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo. O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na mútua assistência afetiva (*affectio maritalis*), e é perfeitamente possível encontrar tal núcleo afetivo em duplas homossexuais, erradamente excluídas do texto constitucional, conforme Luiz Alberto Aurvalle. A sociedade hoje não aceita mais a discriminação aos homossexuais. São novos tempos. O que se diz: não deve haver preconceitos. Afirmou, então, ROGER RAUPP RIOS, Juiz Federal, em *Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito brasileiro e a homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, dez/98, n. 6, p. 36: “As barreiras do preconceito, por sua vez, são ainda mais desafiantes: esmaecem a razão, quando não produzem rejeição sistemática e violência.” A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, na AC 7000188982, por maioria, decidiu, em 14/03/01, que: Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanesçam conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. Enfim, como disse PONTES DE MIRANDA, em *À margem do direito* (Ensaio de psicologia jurídica, revisto por Vilson Rodrigues Alves 1. ed. Campinas (SP: Ed. Bookseller, p. 70: As leis não são produtos da inteligência individual, cujo mister é fabricar objetos, “de instrumentos”, variando indefinidamente a fabricação; não é o homo faber que as imagina e cria: legislar é muito que inventar, e talvez muito mais ... Quem legisla, não produz nem cria, não inventa nem constrói, descobre, ao muito, “um processo de ciência social. Como disse o grande jurista: “O direito é, em verdade, um produto social de assimilação e desassimilação psíquica ...” (Op. cit. p. 150). Ou como salientou JEAN



CRUET, em *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Canoas, RS: Editora Vendramim, p. 57: “A lei vem de cima; as boas jurisprudências fazem-se de baixo”. Preciso, afirmou: O direito, por assim dizer, tem dupla vida: uma popular, outra técnica: como as palavras da língua vulga têm um certo estágio antes de entrarem no dicionário da Academia, as regras de direito espontâneo devem fazer-se aceitar pelo costume antes de terem acesso nos Códigos. (Op. cit., p. 64.) O direito é fruto da sociedade, não a cria nem a domina, apenas a exprime e modela. Explicou HENRY LÉVY-BRUHL, em *Sociologia do direito*, trad. de Antônio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 56, que o que diferencia o costume e a lei é que, “enquanto o costume” “é espontâneo e inconsciente, a lei emana de um órgão especializado e nasce por meio de um processo que, em nossos dias e em nossas sociedades, recebe o nome de promulgação”. Logo, deve estar o juiz atento para os costumes, para a realidade social, pois, como proclamava ROGÉRIO GORDILHO DE FARIA, professor da Faculdade de Direito da Bahia: “Se a lei é injusta, aplicá-la é fazer injustiça.” O juiz não deve abafar a revolta dos fatos contra a lei. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. É o voto. (TRF-1 - AG: 697 MG 2003.01.00.000697-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 29/04/2003, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 29/04/2004 DJ p.27).

Consta do acórdão: “Este Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais é considerado por muitos juristas um tribunal conservador. Na verdade, todos sabemos que o mineiro é conservador e até um pouco fechado. Ocorre que, com a evolução dos tempos, temos que nos adequar à realidade, e hoje, a união homoafetiva faz parte desta nova realidade. Desta maneira, os Tribunais Superiores vem reconhecendo este tipo de união, qual seja, entre pessoas do mesmo sexo, abrindo caminho para os Tribunais Estaduais, inclusive o nosso. Portanto, afirmar que a legislação vigente nega este tipo de união, é o mesmo que negar a própria realidade. Na verdade, a nossa Constituição Federal reconhece a união estável entre homem e mulher, mas não há nenhum tipo de vedação entre a união de pessoas do mesmo sexo. Assim, torna possível 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. A eminente Desembargadora Maria Elza fez uma citação em um de seus votos acerca do tema, o qual colaciono: “A proteção jurídica que era dispensada com exclusividade à 'forma' familiar (pense-se no ato formal do casamento) foi substituída, em consequência, pela tutela jurídica atualmente atribuída ao 'conteúdo' ou à substância: o que se deseja ressaltar é que a relação estará protegida não em decorrência de

possuir esta ou aquela estrutura, mesmo se e quando prevista constitucionalmente, mas em virtude da função que desempenha - isto é, como espaço de troca de afetos, assistência moral e material, auxílio mútuo, companheirismo ou convivência entre pessoas humanas, quer sejam do mesmo sexo, quer sejam de sexos diferentes". 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 mesmo 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. De fato, a Constituição brasileira, assim como a italiana, inspirou-se no princípio solidarista, sobre o qual funda a estrutura da República, significando dizer que a dignidade da pessoa é preexistente e a antecedente a qualquer outra forma de organização social. (Maria Celina Bodin de Moraes, in *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional* - in RTDC vol. 1 p. 89/112) Desta feita, cabível a união estável homoafetiva. Para tanto, é de se consignar que, para a declaração desta, ou seja, da união estável, necessário se faz a reunião dos requisitos legais, consoante o disposto no art. 1.723 do atual Código Civil, quais sejam, convivência contínua, pública, duradoura em vida e more uxório; objetivo de constituir família. Reclama o apelado que ele e o falecido filho do requerido viveram em união estável de 1990 até 29 de maio de 2008, quando houve o falecimento do C. Ora, no reconhecimento da união estável é indispensável a presença da assistência moral e material recíproca, lealdade, respeito e dever de guarda, sustento e educação dos filhos. Tais obrigações devem ser rigorosamente observadas, considerando o fato do instituto estar situado na categoria de entidade familiar, conforme o disposto no art. 226, §3º, da CF. Há, pois, que se verificar a consistência e objetivo de tal convivência. É de especial importância, e por isso mereceu referência explícita, que a convivência tenha como objetivo a constituição de família; sendo este o requisito principal, e que envolve os demais, à caracterização da união estável; vez que este instituto é o que se equipara por declaração judicial ao casamento civil e seus legítimos efeitos. A jurisprudência tradicionalmente resumiu as circunstâncias para a caracterização/reconhecimento da união: "como se casados fossem...". No presente caso, tais

fatos são incontroversos apesar do apelante afirmar o contrário. Os documentos acostados aos autos traduzem muito bem o relacionamento amoroso entre o autor, R. F. e o falecido filho do apelante, A. C. M. R. ("C."). As fotos, os documentos e principalmente as testemunhas ouvidas em juízo, conseguiram comprovar que a relação havida entre o autor e o de cujus, ia além da relação comercial, configurando-se uma verdadeira união estável. Inclusive, os dois criaram o filho do autor que lhe foi entregue pela mãe ainda recém nascido, em que chamava o falecido de "pai gordo". Para que seja reconhecida união estável, as provas devem ser bem convincentes, não pode deixar dúvidas ao julgador, o que ocorreu no presente caso. Assim, como o julgador sentenciante entendo que o relacionamento do casal configurou uma união estável." (TJMG - Apelação Cível 1.0702.10.003716-8/002, Relator(a): Des.(a) Mauro Soares de Freitas , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/09/2012, publicação da súmula em 19/10/2012)

Na íntegra: Trata-se de registro da candidatura da Sra. Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes ao cargo de Prefeito de Viseu / PA (fl. 2). O pedido foi impugnado sob o fundamento de que a Sra. Maria Eulina mantém união estável com a atual prefeita reeleita do Município. O juiz eleitoral indeferiu o registro, por considerar a Candidata inelegível nos termos do art. 14, § 7º, da Constituição Federal (fl. 704). O Tribunal Regional Eleitoral reformou a sentença (fl. 835). O Acórdão restou assim ementado: [...] 1. *Considera-se união estável, para a proteção do Estado, aquela que decorre de união entre homem e mulher como entidade familiar, a teor do que dispõe a Lei Civil em vigor.* 2. *Inexistência de previsão constitucional e infraconstitucional. A regra de inelegibilidade inserida no art. 14, § 7º da Constituição Federal não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homoafetivas, por não se enquadrar no conceito de relação estável, e, diante do silêncio eloqüente contido no seu artigo 226, § 3º.* 3. *A omissão do ordenamento jurídico que regulamente as relações homoafetivas e conseqüentemente as inelegibilidades decorrentes de tais relações, não autoriza a aplicação por analogia das proibições decorrentes dos limites advindos das relações de parentesco para o exercício de mandato eletivo, previstas na Constituição Federal e na Lei n.º 64/90.* 4. *Considerando o Princípio da Legalidade, não incumbe ao intérprete ampliar o elenco de inelegibilidades, o que conduziria a se imiscuir na vontade do legislador. De igual modo, há de ser observado o Princípio da Isonomia Material, não podendo ser restringidos direitos, sob pena de, a despeito da omissão legal, incorrer em inadmissível e inconcebível discriminação (fls. 833-834).* O Ministério Público Eleitoral e o Sr. Izaías José Silva Oliveira Neto interpuseram Recurso Especial (fls. 875 e 893). Os Srs.

Luiz Alfredo Amin Fernandes e Dilermando Júnior Fernandes Lhamas opuseram embargos declaratórios (fl. 887 e 906). O TRE rejeitou ambos os embargos (fl. 912). Na seqüência, os Srs. Luiz Alfredo Amin Fernandes e Dilermando Júnior Fernandes Lhamas também interpuseram recurso especial separadamente (fls. 919 e 929). Alegam os Recorrentes, em síntese, que a falta de regulamentação acerca da união entre pessoas do mesmo sexo não poderia afastar a vedação constitucional de perpetuidade de pessoas da mesma família no poder. Apontam violação ao art. 14, § 7º, da Constituição Federal. O Ministério Público opina pelo provimento do Recurso (fl. 1.067). É o relatório. EMENTA 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 Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. VOTO EXMO. SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): O TRE examinou a prova e concluiu pela caracterização de união de fato entre a Recorrida e a prefeita reeleita de Viseu/PA. A questão cinge-se em se saber se essa união entre pessoas do mesmo sexo dá ensejo à inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Como bem enfatizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no voto do Resp. nº 19.442, de 21.8.2001: *[...] as questões acerca do concubinato, do desquite simulado, da irmã da concubina (Súmula nº 7) e tantas outras construções jurisprudenciais que assustaram os ortodoxos, mas, criadas neste Tribunal, vieram a ser consagradas, com uma ou outra exceção, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* Essas construções jurisprudenciais sempre objetivaram a não-perpetuação de um mesmo grupo no poder, as chamadas oligarquias, tão presentes em nossa história política. O TSE, quando reconheceu a elegibilidade do cônjuge do chefe do Poder Executivo para o mesmo cargo do titular, desde que este fosse reelegível e que tivesse renunciado até seis meses antes do pleito, considerou que *Subjacentes a todo o conjunto dessas normas constitucionais, estiveram sempre duas ordens de preocupação: (1) a de impedir o 'continuismo', seja pelo mesmo ocupante do cargo, seja por uma mesma família, ao vedar a eleição subsequente de parentes próximos, e (2) a de impedir o uso da máquina administrativa em tais campanhas, com evidente desvantagem para os demais competidores e para a lisura do processo de escolha democrática* (grifos nossos). Em todas essas situações -- concubinato, união estável, casamento e parentesco -- está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns. Por essa razão, sujeitam-se à regra

constitucional do art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Em que pese o ordenamento jurídico brasileiro ainda não ter admitido a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, acredito que esse relacionamento tenha reflexo na esfera eleitoral. Vale ressaltar que, no plano patrimonial, o STJ admite a repercussão desse tipo de relação e a denomina sociedade ou união de fato. No Supremo Tribunal Federal, reconheceu-se a companheira homossexual para fins previdenciários (Pet nº 1984-9/RS). Colaciono trecho bastante elucidativo do voto do Ministro Ruy Rosado, proferido no Resp. 148897-MG, verbis: *A hipótese dos autos não se equipara àquela, do ponto de vista do Direito de Família, mas nada justifica que se recuse aqui aplicação ao dispositivo na norma de direito civil que admite a existência de uma sociedade de fato sempre que presentes os elementos enunciados no art. 1363 do Código Civil [anterior]: mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. A negativa da incidência de regra assim tão ampla e clara, significa, a meu juízo, fazer prevalecer princípio moral (respeitável) que recrimina o desvio da preferência sexual, desconhecendo a realidade de que essa união – embora criticada – existiu e produziu efeitos de natureza obrigacional e patrimonial e que o direito civil comum abrange e regula. Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: ‘Oui, monsieur, l’amour’. E assim é, na verdade, pois o Direito não regula sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante (grifos nossos). É um dado da vida real a existência de relações homossexuais em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presume-se que haja fortes laços afetivos. Assim, entendo que os sujeitos de uma relação estável homossexual (denominação adotada pelo Código Civil Alemão), à semelhança do que ocorre com os sujeitos de união estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Ante o exposto, dou provimento aos Recursos.” (TSE, REsp Eleitoral nº 24.564, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2004).*

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO

132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 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. A despeito 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, dès 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 2006/0034525-4, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Data de Julgamento: 02/09/2008, T4 - QUARTA TURMA, DJe 06/10/2008).

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades,

aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003).

**APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS E ALIMENTOS. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. INICIAL NOMINADA ERRONEAMENTE DE SOCIEDADE DE FATO. NULIDADE INOCORRENTE. PRELIMINAR REJEITADA.** Não é nulo o processo e a sentença quando se constata ter havido apenas mero equívoco terminológico no nome dado à ação, sendo clara a intenção do autor de buscar o reconhecimento de uma união estável, e não mera sociedade de fato. Versando a controvérsia sobre direito de família, a competência funcional é das Varas de Famílias. **RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL.** A união homoafetiva é fato social que se perpetua no tempo, não se podendo admitir a exclusão do abrigo legal, impondo prevalecer a relação de afeto exteriorizada ao efeito de efetiva constituição de família, sob pena de afronta ao direito pessoal individual à vida, com violação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana... (Apelação Cível Nº 70021908587, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 05/12/2007)

União civil homossexual. O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF) deve inspirar o juiz, diante da lacuna da lei sobre relações homoafetivas, na construção de sentença que garanta os efeitos patrimoniais de um relacionamento levado a sério por mulheres resolvidas, porque somente assim o Judiciário impede que o falso moralismo bloqueie práticas afirmativas de inclusão dos parceiros ao regime dos benefícios das relações heterossexuais, como os proventos de aposentadoria que são estendidos ao dependente de 26 anos de convivência. Precedente do STJ. Não provimento. (TJSP, AC 4785764-4, 4ª C. Dir. Priv., Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 01/02/2007). Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php#t>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

**APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA - POSSIBILIDADE - PREENCHIMENTO REQUISITOS LEGAIS - INDEFERIMENTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - IMPOSTO**

DE RENDA - FAIXA DE ISENÇÃO - HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. Sobre o benefício da gratuidade judiciária, embora seja ele garantido a todos aqueles que comprovarem a insuficiência de recursos (Constituição da República, art. 5.º, inc. LXXIV), a presunção de miserabilidade, disposta no § 1.º do art. 4.º da Lei n.º 1.060/50, milita apenas a favor da pessoa natural que não seja capaz de arcar com as custas e despesas processuais. A orientação jurisprudencial, todavia, vem se firmando no sentido de que, se os rendimentos do postulante estiverem além da faixa de isenção do Imposto de Renda, atualmente de R\$1.566,61 (um mil, quinhentos e sessenta e seis reais e sessenta e um centavos), não há como afirmar que os mesmos não possam arcar com as custas e despesas processuais. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preenchem 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. No presente caso, houve o preenchimento dos requisitos configurada a união estável homoafetiva. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.10.003716-8/002, Relator(a): Des.(a) Mauro Soares de Freitas , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/09/2012, publicação da súmula em 19/10/2012).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARTE LEGÍTIMA. 1 - A teor do disposto no art. 127 da Constituição Federal, "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." In casu, ocorre reivindicação de pessoa, em prol de tratamento igualitário quanto a direitos fundamentais, o que induz à legitimidade do Ministério Público, para intervir no processo, como o fez. 2 - No tocante à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, uma vez admitida a intervenção ministerial, quadra assinalar que o acórdão embargado não possui vício algum a ser sanado por meio de embargos de declaração; os embargos interpostos, em verdade, sutilmente se aprestam a rediscutir questões apreciadas no v. acórdão; não cabendo, todavia, redecidir, nessa trilha, quando é da índole do recurso apenas reexpressar, no dizer peculiar de PONTES DE MIRANDA, que a jurisprudência consagra, arredando, sistematicamente, embargos



declaratórios, com feição, mesmo dissimulada, de infringentes. 3 - A pensão por morte é : "o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido - a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes." (Rocha, Daniel Machado da, Comentários à lei de benefícios da previdência social/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p.251). 4 - Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo 'Da Família'. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, § 3º da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5 - Diante do § 3º do art. 16 da Lei n. 8.213/91, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6- Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: "Art. 201- Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º."7 - Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8 - Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações

idênticas, merecedoras do mesmo tratamento 9 - Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: 395904 RS 2001/0189742-2, Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Data de Julgamento: 13/12/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/02/2006 p. 365RIOBTP vol. 203 p. 138).

PROCESSO CIVIL E CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 282/STF - UNIÃO HOMOAFETIVA - INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA - POSSIBILIDADE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. - Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. - 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. - Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. (STJ - REsp: 238715 RS 1999/0104282-8, Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 07/03/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/10/2006 p. 263RDTJRJ vol. 73 p. 105RIOBTP vol. 209 p. 162RNDJ vol. 87 p. 95).

“Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - 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. - Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos. - A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o

reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. - Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer 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. - Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares. - “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”. - O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas. - Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”. - Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal. - Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão

adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido.” (STJ - REsp: 1026981 RJ 2008/0025171-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/02/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2010).

“Rio Grande do Sul - Apelação. União homossexual. Competência. Reconhecimento de união estável. A competência para processar e julgar as ações relativas aos relacionamentos afetivos homossexuais. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, é de rigor o reconhecimento da união estável homossexual, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. Negaram provimento. (TJRS, AC 70023812423, 8ª C. Civ., Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 02/10/2008).” Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php#t≥>>. Acesso em: 11 mar. 2016.