

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

LAUANA ABRANTES LEANDRO

**CASAMENTO CIVIL NO BRASIL:
NOVAS CONFIGURAÇÕES, NOVAS PRÁTICAS**

**SOUSA
2015**

LAUANA ABRANTES LEANDRO

**CASAMENTO CIVIL NO BRASIL:
NOVAS CONFIGURAÇÕES, NOVAS PRÁTICAS**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Dra. Maria da Luz Olegário

**SOUSA
2015**

LAUANA ABRANTES LEANDRO

**CASAMENTO CIVIL NO BRASIL:
NOVAS CONFIGURAÇÕES, NOVAS PRÁTICAS**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof. Dra. Maria da Luz Olegário

BANCA EXAMINADORA:

DATA DE APROVAÇÃO: 25/11/2015.

Orientador (a): Prof. Dra. Maria da Luz Olegário.

Examinador: Iarley Pereira de Sousa

Examinador: Paulo Abrantes de Oliveira

AGRADECIMENTOS

Ao bondoso amigo Jesus primeiramente, por ter me dado a oportunidade de estar viva e desse modo, com sua força e presença de espírito clarear e iluminar meus passos para a conclusão de mais uma etapa acadêmica;

Aos meus maiores mestres, meus pais, Socorro e Erivan. Mainha, minha heroína que me deu apoio, incentivou nas horas de desânimo, cansaço e que nos últimos momentos quando o corpo pediu repouso cuidou de mim como um anjo. Painho, que apesar de todas as limitações e dificuldades, me fortaleceu com suas palavras de preocupação e zelo o que para mim foi muito importante rever o seu amor para conosco. Muito obrigada. Devo muito a vocês!

Aos meus irmãos, Iago e Wesley, que sempre fizeram entender, de maneira brincalhona e amorosa, que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente, em qualquer área que seja, nos apoiando sempre um no outro.

Aos tios Chico Félix e Nilza e sua filha Rosciene, pela contribuição valiosa na minha formação, por ter me acolhido em seu lar como uma filha nessa estadia em Sousa. Vocês foram uma extensão dos meus pais. Obrigada por cada gesto.

Ao meu afetuoso namorado, Vinícius, obrigada pelo carinho, pela paciência, pela força e principalmente pelo incentivo.

A profa. Maria da Luz Olegário, minha querida orientadora, fico grata, pela paciência, comprometimento e atenção a mim dispensada durante nosso trajeto, também pelo auxílio para que assim pudesse desenvolver esta monografia da maneira mais clara e coesa e principalmente por me conceder essa oportunidade de poder aprender e aprofundar meus conhecimentos acerca do respectivo tema abordado, meu muito obrigada.

Meus agradecimentos aos tios, tias, padrinhos, primos e amigos que fizeram parte da minha formação e que com certeza vão continuar presentes em minha vida.

“Que nos deu o dom da vida, nos presenteou com a liberdade, nos abençoou com a inteligência, nos deu a graça de lutarmos. Para a conquista de nossas realizações, cabe o louvor e a glória. A nós só cabe agradecer.”

Rui Barbosa

RESUMO

Tendo em vista que a família permanece sendo a ligação maior da sociedade, considera-se esse instituto como tal em todos os seus diversos modos de configurações, uma vez que a própria Carta Magna reporta que não é unicamente a família que passou pelo matrimônio que tem direito a esse status. Logo, existem outras formas de famílias, como é o caso da união homoafetiva e da união estável. O referido trabalho aborda o crescimento do exemplo patriarcal de família, com influência do Direito Canônico, e ainda o progresso no entendimento de família homoafetiva no Brasil. Para o desenvolvimento do trabalho utilizou-se o estudo bibliográfico, com foco na legislação constitucional e infraconstitucional, de doutrinas, bem como na jurisprudência disponível, confrontando as idéias dos renomados doutrinadores para alcance da conclusão. O trabalho problematiza as dificuldades encontradas pelas novas configurações familiares frente à ausência normativa, motivada pela ética cristã predominante. Invoca a analogia, os costumes, os princípios e as normas constitucionais de combate à discriminação e preconceitos levados às configurações de família que escapem do padrão patriarcal, para resolver as demandas judiciais, com âmago no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como no explícito escopo da República Federativa do Brasil de afastar todo e qualquer preconceito. Apresenta como principal objetivo, comparar as diferenças existentes quando se fala em casamento entre pessoas de sexos distintos e entre homoafetivos no cenário brasileiro, bem como os reflexos dessa diferenciação no âmbito jurídico. A presente monografia percorrerá por algumas contendas abarcando a relação entre pessoas do mesmo sexo. Concluindo que não existe justificativa para a dificuldade do acesso ao casamento pelos casais homoafetivos, como mostra o estudo, pois não mais se faz necessário preencher requisitos antes ditados pela lei: a procriação não ser item caracterizador do matrimônio, o fato de a heterogeneidade de sexos não ser causa de impedimento ao casamento, a orientação sexual da pessoa não infringir direitos de terceiros, o uso da sexualidade não implica na dignidade da pessoa humana, não existe proibição expressa constitucional nem infraconstitucional em relação ao casamento entre casais homoafetivos. E para regulamentar de uma vez essas situações, são necessárias a existência de leis e regulamentações próprias para essa minoria que já se faz tão presente na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Família. Novas configurações. Homoafetividade. Casamento. União estável homoafetiva.

ABSTRACT

Considering that the family remains the largest lead of society, this institute is considered as such in all their various settings modes, since the Federal Constitution reports that is not only the family which passed through matrimony which has the right of this status. So, there are other forms of families, such as the homosexual marriage and stable union. This study discusses the growth of patriarchal example family, with influence of Canon Law, and also the progress in the understanding of homosexual family in Brazil. To the developing of the research we used the bibliographic study, focusing on the constitutional and under constitutional legislation, doctrines, as in the available jurisprudence, confronting the ideas of renowned doctrinaires to reach completion. The study discusses the difficulties encountered by new family configurations front of absence rules, motivated by the predominant Christian ethics. Invokes the analogy, manners, principles, and constitutional provisions to combat discrimination and prejudices brought to the Family Settings which escape the patriarchal standard, to settle lawsuits, with the core principle of Human Dignity, as in the explicit scope of Brazilian Federative Republic to avoid any and all prejudice. It presents as main objective to compare the differences when it comes to marriage between people of different sexes and between homosexual in the Brazilian scene, as the reflexes of this differentiation in the judicial ambit. This monography will travel through some strife covering the relationship between people of the same sex. Concluding that there is no justification for the difficulty of access to marriage for homosexual couples, as this study shows, because no longer is needed, before filling requirements dictated by law: procreation not be characterizing item of marriage, the fact of the heterogeneity of sexes cannot be cause to forbid the marriage, the sexual orientation of the person doesn't breach other people's rights, the use of sexuality does not imply the dignity of the human person, there is no constitutional prohibition or infra expressed in relation to marriage between homosexual couples. And to regulate these situations, is needed to create laws and regulations to this minority which is already so actual in Brazilian society.

Keywords: Family. New settings. Homosexuality. Marriage. Stable homosexual union.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR NO BRASIL: CONCEITOS HISTÓRICOS.....	11
2.1 Casamento civil heteronormativo e seus trâmites legais	24
3 NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES	29
3.1 Casamento civil homoafetivo: o que diz o Direito brasileiro	34
4 DIFERENÇAS OU DESIGUALDADES, QUANDO A UNIÃO É HOMOAFETIVA. 48	
4.1 O que diz a legislação	50
4.2 O que acontece	56
4.3 Quadro comparativo entre heteronormatividade e homoafetividade, quando a questão é casar	61
5 CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

As gerações que com intensidade batalham por direitos têm ciência do quanto é intensa a guerra para sua conquista. Para as gerações que desfrutam daqueles direitos alcançados antigamente, são tidos como obviedade, perto de uma banalidade, pois existem como realidades conquistadas e concretizadas. Na essência da sociedade brasileira, na qual se localiza a família, ainda existe um extenso caminho, que é constante na vida humana, para a aquisição de novos direitos. Contudo, enquanto perdura a guerra, minorias são abusadas, discriminações continuam.

Na antiguidade clássica, desde a ascensão do padrão patriarcal de família, passando pelo momento de superioridade da igreja católica e o seu desenvolvimento pelo ocidente, e diante das suas ideias expansionistas, na qual se difundiu o ideal de família como a constituída pelo matrimônio, com o macho de chefe de família em primeiro lugar, e da mãe e dos filhos em derradeiro lugar, tendo em vista que a maneira que os parecia mais enérgica de alcançar fiéis seria por meio da reprodução, modelo esse que ainda prevalece no ocidente.

Todavia, a sociedade não para. Instituições acabam, novas sucedem de seus destroços, como também se compõem por novos regulamentos fundamentais, sobrevivendo do próprio progresso. Com a família patriarcal não foi diverso. No século XX, as alterações sociais, advindas das duas grandes guerras e do crescimento capitalista, assim como da Revolução Industrial, assumiram um compasso sem freios, solidificadas, por exemplo, na emancipação da mulher e a sua evidente captação do mercado de trabalho.

Referido estudo aborda a apreciação do progresso no conceito de família, a vinda desse novo formato em específico, a família homoafetiva, bem como a segurança de seus direitos diante do preconceito da coletividade, conforme visto na Constituição Federal, pois esse, unido à moral cristã, formam os maiores empecilhos para a melhora na segurança dos direitos das diversas figuras familiares no Brasil.

O Direito, sobretudo em sua parte Constitucional, no que acha a jurisprudência hoje em dia, é uma arma na batalha ao preconceito. Alias, não apenas o Direito, mas a própria ideia de justiça tem a obrigação de afastar todas as maneiras de preconceito, até mesmo as tratadas no presente estudo, por ser fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Aborda a CF de 1988, em seu art 3º, inciso IV, que um dos desígnios basilares da República é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O preconceito sempre gira em torno do que é novidade, do que é desigual, fazendo-se concentrado e aparente em qualquer sociedade. Já atravessaram por combates sociais os negros e as mulheres, e, quando se fala de guerra por direitos atualmente, impraticável não nos remetermos aos homoafetivos, tendo em vista que é uma parte da sociedade muito discriminada e esquecida.

A problematização se faz relacionada ao fato de estar a família e essas novas configurações em grande contenda no bojo da comunidade brasileira. O tema sempre achou grande valor diante da sociedade, mas hoje ganha uma labareda impossível de abafar, perante os acontecimentos e formatos que pairam sobre o panorama nacional. Como se não fosse suficiente, também se descobre excesso tradicionalismo naqueles que precisariam ser mais vanguardistas para satisfazer a defesa do direito de toda a sociedade, os juristas. Nessa seara, a vanguarda descobre seu nome máximo na renomada Maria Berenice Dias.

Pesquisar as raízes da configuração familiar predominante é fundamental para entendermos atualmente o preconceito levantado às novas configurações e a dificuldade de legislar nesse campo de modernidades, mostrando que se é capaz de garantir direitos as minorias por meio de analogia, costumes e princípios é o desígnio do referido estudo. E perceber o preconceito é indispensável para analisarmos o porque dessa nova configuração de família ser abandonada a sorte em um ordenamento jurídico que prescreve, em seu texto base, a Constituição Federal, que necessita de proteção específica do Estado. É apreender porque a legislação ainda não positivou esse amparo especial diante dessa nova configuração de família. É imperioso também, considerar todos os regulamentos basilares que deveriam regularizar a defesa dos novos padrões de família.

Não existem empecilhos para o homem nem sempre comandar o seio familiar, como acontece em muitos casos. Todavia, aludidos lares são tidos de forma apreensiva e preconceituosa. Casais constituídos por duas mulheres ou por dois homens estimulam sarcasmo, desprezo, discriminação, e há de se averiguar o espaço dessa nova configuração familiar no Direito, tendo em vista que são delicados e marginalizados.

O referido trabalho aborda o crescimento do exemplo patriarcal de família, com influência do Direito Canônico, e ainda o progresso no entendimento de família homoafetiva no Brasil. Para o desenvolvimento do trabalho utilizou-se como metodologia a pesquisa

bibliográfica, como o foco na legislação, doutrinas e jurisprudências pertinentes ao tema, confrontando as idéias dos renomados doutrinadores para alcance da conclusão.

Apresenta esta monografia como principal objetivo, comparar as diferenças existentes quando se fala em casamento entre pessoas de sexos distintos e entre homoafetivos no cenário brasileiro, bem como os reflexos dessa diferenciação no âmbito jurídico.

2 A CONSTITUIÇÃO FAMILIAR NO BRASIL: CONCEITOS HISTÓRICOS

Manter vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todos têm a solidão.

Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. No dizer de Giselda Hironaka (1999, p. 8):

[...] não importa a posição que o indivíduo ocupa na família, ou qual a espécie de agrupamento familiar a que ele pertence – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e se sentir, por isso, a caminho da realização de seu projeto de felicidade.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 145):

[...] como a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica o que, necessariamente, acaba se refletindo na lei. Por isso, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito.

A família é uma construção cultural. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possui uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar como um lar no seu aspecto mais significativo: lugar de afeto e respeito.

Como diz Adriana Caldas Maluf (2012, p. 259) “a própria organização da sociedade se dá em torno da estrutura familiar. E foi o intervencionismo estatal que levou à instituição do casamento: nada mais do que uma convenção social para organizar os vínculos interpessoais.” Sílvio Venosa (2012, p. 49) acrescenta que a “família formal era uma invenção demográfica, pois somente ela permitiria a população se multiplicar. A sociedade, em determinado momento histórico, instituiu o casamento como regra de conduta”. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 35) essa “foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto”. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe restrições à total liberdade, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.

Diz Maria Berenice Dias (2013, p. 28) que:

[...] em uma sociedade conservadora, os vínculos afetivos, para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico, necessitavam ser chancelados pelo que se convencionou chamar de matrimônio. A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, com amplo incentivo à procriação. Como era entidade patrimonializada, seus membros representavam força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal.

Esse quadro não resistiu a Revolução Industrial, que fez aumentar a necessidade de mão de obra, principalmente para desempenhar atividades terciárias. Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família.

Segundo Alexandre Rosa (2001, p. 162):

A estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor.

Cristiano Chaves de Farias (2004, p. 113) aduz:

A valorização do afeto nas relações familiares deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base da sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa, como prega.

Como a linguagem condiciona o pensamento, é chegada a hora de subtrair qualquer adjetivação a substantivo “família” e simplesmente falar em famílias. Como refere Jones Figueirêdo Alves (2006, p. 482):

[...] apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formatações. Assim, a expressão direito das famílias melhor atende a necessidade de enlaçar, no seu âmbito de proteção, as famílias, todas elas, sem discriminação, sem preconceitos.

Segundo Tania da Silva Pereira (2003, p. 151), “A família é o primeiro agente socializador do ser humano”. Somente com a passagem do homem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família. Conforme Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 17), “A primeira lei de direito de família é conhecida como a lei-do-pai, uma

exigência da civilização na tentativa de reprimir as pulsões e o gozo por meio da supressão dos instintos”. Completa Maria Antonieta Pisano Motta (2000, p. 39) “A interdição do incesto funda o psiquismo e simboliza a inserção do ser humano no mundo da cultura.”

A família é cantada e decantada como a base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado, é o que informa o art. 226 da Constituição Federal de 1988. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (1789, XVI, 3): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2012, p. 242), “Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases.” A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois se identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como participe do contexto social. Giselda Hironaka (2000, p. 6) “diz que o direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte”.

A absorção da chamada globalização confere constante transformação de conduta normas e leis. Porém, o mais duro trabalho é alterar as regras do direito das famílias. Devido ser a parte do direito que lida com a alma do ser humano, por fim, que pronuncia a vida das pessoas, seus anseios. O legislador não consegue observar as aflições da família e nem seguir a realidade social moderna.

Segundo Marcos Colares (2000, p. 47):

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição legalista, moralista e opressora da lei.

Quando se trata de relações afetivas, a missão é muito mais complicada diante dos reflexos comportamentais que intervêm na oportuna composição da sociedade. Como adverte Sergio Gischkow Pereira (2007, p. 35):

[...] o regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações culturais e científicas petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia.

Como sugere Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 2) “É preciso demarcar o limite de intervenção do direito de organização familiar para que as normas estabelecidas não interfiram em prejuízo da liberdade do “ser” sujeito”. Conforme reza César Augusto de Castro

Fiuzza(1999, p. 37), “A esfera privada das relações conjugais começa a repudiar a interferência do publico.” Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir a auréola de privacidade e de intimidade das pessoas. Segundo Pedro Thomé de Arruda Neto (2005, p. 263), “É necessário redesenhar o papel do Estado, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na pratica, um papel minimizante de sua faceta interventora no seio familiar.”

Segundo Maria Claudia Crespo Brauner (2004, p. 257):

Compreender a evolução do direito das famílias deve ter como premissa a construção e a aplicação de uma nova cultura jurídica, que permita conhecer a proposta de proteção às entidades familiares, estabelecendo um processo de repersonalização dessas relações, devendo centrar-se na manutenção do afeto, sua maior preocupação.

Talvez não mais haja razões, quer éticas, políticas, quer religiosas, naturais ou físicas, que expliquem esta verdadeira estatização do afeto, demasiada e imprópria intervenção na história das pessoas. Segundo Carlos Eduardo P. Ruzyk (2005, p. 16), “O grande problema reside em se encontrar, na estrutura formalista do sistema jurídico, a forma de proteger sem sufocar e de regular sem engessar.” O desenho basilar é a fidelidade. O contorno hierárquico da família rejeitou espaço à sua democratização, e as relações são muito mais de identidade e de consideração mutua.

Conta Maria Berenice Dias (2013, p. 30), “O antigo Código Civil, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão de família, limitando-a ao grupo originário o casamento.” Como diz Giselda Hironaka (2000, p. 3), “impedia sua dissolução, fazia distinções entre os seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações.” As alusões feitas aos liames extramatrimoniais e aos filhos extralegais eram punitivas e serviam unicamente para eliminar direitos, no fantasioso experimento da manutenção do casamento.

Leciona Maria Berenice Dias (2013, p. 30):

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressa foi o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhes bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

A instituição do divórcio, presente na Emenda Constitucional 9 de 1977 e na Lei nº 6.515 de 1977, aboliu com a indissolubilidade do casamento, acabando com a ideia da família como instituição sacralizada.

A Constituição Federal de 1988, como diz Zeno Veloso (2005, p. 3):

[...] num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher, e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações.

Essas densas alterações aboliram vários dispositivos da legislação, então em vigor, por não serem recepcionados pelo novo sistema legal. Como lembra Luiz Edson Fachin (1996, p. 83), “após a Constituição, o código Civil perdeu o papel de lei fundamental do direito de família.”

De admirável seriedade a probabilidade de a dissolução do casamento acontecer extrajudicialmente, a Lei 11.441/07 acrescentou o art. 1124-A ao CPC¹, o que diminuiu do Judiciário o privilégio exclusivo de abolir com a sociedade matrimonial. Mas foi a Emenda Constitucional 66 de 2010 que deu nova redação ao §6.º do art. 226 da CF: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio) que finalmente eliminou o arcaico instituto da separação, consagrando o divórcio como a única forma de acabar com o matrimônio.” Desta maneira não existe nem tempo determinado, nem precisão de identificar motivos para quebrar o vínculo matrimonial.

O aparecimento de novos padrões – seja pelo descobrimento dos métodos contraceptivos, pela emancipação da mulher e pelo desenvolvimento da engenharia genética – se separou os conceitos de sexo, casamento e reprodução. O atualizado ponto de vista dado à família pelo direito gira muito mais à assimilação do vínculo afetivo que prende seus componentes.

Segundo lição de Maria Berenice Dias (2013, p. 31):

¹Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

O Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. Mas o projeto original data de 1975, anterior inclusive à Lei de Divorcio, que é de 1977. Tramitou pelo Congresso Nacional antes da promulgação da Constituição Federal, em 1988, que introduziu diversa ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto sofreu modificações profundas para adequar-se às diretrizes constitucionais. Daí o sem-número de emendas que sofreu. Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje. Sua desordem estrutural decorre da inclusão retalhada da nova concepção do direito das famílias. Foram inseridas, sem técnica alguma, na fase final de sua elaboração, regras de direito material preexistentes. Assim o Código Civil já nasceu velho. Daí o papel dos lidadores do direito de aperfeiçoá-lo, nem que para isso precisem realizar, quem sabe, verdadeiras cirurgias plásticas, para que adquira o viço que a sociedade merece.”

O Código Civil de 2002 procurou modernizar as feições essenciais do direito de família. Segundo Giselda Hinoraka (2000, p. 5):

Apesar de ter preservado a estrutura do Código anterior, incorporou boa parte das mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa. Mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados, ou seja, operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional.

Como bem exemplifica Maria Berenice Dias (2013, p. 31-32):

Deste modo, não se pode dizer que é um novo código – é um código antigo com um novo texto. Tenta, sem muito sucesso, afeiçoar-se às profundas alterações por que passou a família no século XX. Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade. Foram seputados todos os dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios. Assim as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc.

Como a coletividade apenas acolhia a família composta pelo matrimônio, a lei regulava apenas as relações de filiação, o casamento e o parentesco. A importância social dos vínculos afetivos desenvolvidos sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais entrarem no mundo jurídico por ato da jurisprudência, o que induziu a Constituição a alcançar no conceito de entidade familiar o que titulou de união estável. Logo, viu-se o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e inseri-lo no Livro do Direito de Família. Porém, esqueceu de disciplinar as famílias monoparentais, conhecidas pela Constituição como entidades familiares. Também, nada traz acerca das uniões homoafetivas, que vêm ganhando da jurisprudência importância no domínio do direito das famílias.

Conforme ensina Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2005, p. 323):

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias.

Porém, refletir sobre família ainda traz à mente o exemplo consagrado: um homem e uma mulher cercado de filhos e ligados pelo casamento. Contudo essa realidade se modificou. Hoje em dia, todos já estão habituados com famílias que se distanciam do aspecto clássico. O convívio com famílias refeitas, monoparentais, homoafetivas admite perfilhar que seu conceito se pluralizou. Daí a obrigação de flexionar igualmente o termo que a identifica, de maneira a albergar todas as suas adequações. Idéias como famílias extramatrimoniais, marginais e informais não mais convêm, pois causam um viés discriminatório. Segundo Michele Perrot (1993, p. 81), “despontam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.”

A imensidade de alterações das construções econômicas e políticas e sociais determinou imagem nas relações jurídico-familiares. Embora permaneça a família a ser fundamental para a própria vivência da coletividade e do Estado, existiu uma pronta reformulação do seu nome. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 101): “Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.”

Como enfatiza Maria Rita Kehl (2003, p. 165):

Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade - que não se alterou - de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem.

Preciosas vezes uma constituição alcançou lançar tão expressivas modificações na própria vida das pessoas e na coletividade como praticou a contemporânea Constituição Federal. Não é plausível enumerar a série de alterações inseridas, contudo algumas, por seu maior destaque, aparecem com exuberância. Como prega Gustavo Tepedino (2008, p. 350), “O constituinte de 1988 consagrou, como dogma fundamental, antecedendo a todos os princípios, a dignidade da pessoa humana (CF 1.º III), impedindo assim a superposição de

qualquer instituição à tutela de seus integrantes.” Foram extinguidas injustificáveis distinções e discriminações que não mais acordam com uma sociedade popular e livre. Houve o resgate do ser humano como pessoa de direito, garantindo-lhe, de maneira expandida, a consciência da cidadania.

A Constituição Federal, seguindo os episódios da vida, notou a precisão de adotar o reconhecimento de distintas entidades familiares, além das instituídas pelo casamento.

Paulo Lôbo (2002, p. 95), ensina que:

Assim, enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226 § 3.º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 § 4.º), que começou a ser chamada de família monoparental. Mas não só nesse limitado universo flagra-se a presença de uma família. Os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.

Dentro desse enfoque mais aberto, não compete afastar do campo do direito das famílias os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que nutrem entre si relação baseada no afeto, a ponto de fazer jus a designação de uniões homoafetivas. Não obstante postura preconceituosa e discriminatória não é mais admissível deixar de emprestar-lhes tutela jurídica. Dita flexibilização conceitual aceitou que relacionamentos, até marginalizados e secretos, contraíssem visibilidade. Os progressos da jurisprudência fizeram o STF, no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, sob relatoria do Ministro Ayres Brito, julgado em 05 de maio de 2011,² declarar, com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, que as uniões

² 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. [...]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 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>> Acesso em: 28 out. 2015.

homoafetivas são uma entidade familiar. A partir daí restou afirmado o ingresso ao casamento, o que tem acarretado a sociedade a receber todos os formatos de convivência que as pessoas descobrem para procurar prosperidade.

Presentemente, o que identifica a família não é nem a diferença de sexo do par, nem o festejo do casamento ou a envoltura de caráter sexual. O item característico da família, que a bota sob o véu da juridicidade, é a vista de vínculo afetivo a atrelar as pessoas com idênticos planos de vida e fins comuns, provocando empenho mútuo. Cada vez mais o conceito de família aparta-se da armação do casamento. A família de agora não mais se condiciona aos padrões nativos: procriação, casamento, sexo. A disseminação dos métodos contraceptivos, o movimento de mulheres e o nascimento dos métodos reprodutivos fruto da evolução da engenharia genética perpetraram com que essa tríplice conjetura deixasse de servir para demarcar o conceito de família. Sobreveio o mito da virgindade e sexo agora, inclusive pelas mulheres, pratica-se fora e antes do casamento. A concepção não mais deriva unicamente da relação sexual e o casamento deixou de ser o exclusivo reduto da conjugalidade. Como diz Maria Berenice Dias (2013, p. 40), “relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional.”

A diversificação das relações familiares acarretou transformações na própria composição da sociedade. Como ensina Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2002, p. 146), “Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família.” A importância da existência de diferentes estruturas de conversação, a dedicação da igualdade, o livre-arbítrio de reconhecer filhos tidos fora do casamento atuaram ilustre mutação na família.

Conforme os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2013, p. 41):

O alargamento conceitual das relações interpessoais acabou deitando reflexos na conformação da família, que não possui mais um significado singular. A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade. Assim, expressões como ilegítima, espúria, adúltera, informal, impura estão banidas do vocabulário jurídico. Não podem ser utilizadas, nem com referência às relações afetivas, nem aos vínculos parentais. Seja em relação a família, seja no que diz respeito aos filhos, não mais se admite qualquer adjetivação.

Complexo então localizar um significado de forma a precisar o que, no conjunto social de agora, se põe nesse conceito. É ao mesmo tempo identificar família com a ideia de casamento, ou seja, pessoas conectadas pelo liame do matrimônio. Além disso, vem à mente a figura da família patriarcal, o pai como a imagem central, tendo ao lado a esposa, cercados de

noras, netos, filhos e genros. Essa noção hierarquizada da família, no entanto, sofreu, com o tempo, espantosas variações. Além da expressiva redução do número de seus membros, também começou a haver uma confusão de funções. O acesso da mulher no mercado de trabalho e a emancipação feminina levaram-na para fora da habitação. Deixou o homem de ser o provedor único da família, e foi exigida sua participação nas tarefas caseiras.

A expansão dos vínculos entre igreja e Estado ocasionou a modificação do próprio conceito de família e um intenso progresso social. Principiaram a nascer novas composições de convivência sem uma nomenclatura apropriada que as caracterize. Nas famílias constituídas por pessoas que saíram de outras relações, seus membros não têm nem nomes que os identifiquem nem ambientes decididos. Os novos moldes da família estão provocando a probabilidade de se localizar uma conceituação excepcional para sua identificação.

No dizer de Paulo Lôbo (2011, p.37):

[...] a família é sempre socioafetiva, em razão de ser um grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta de transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos.

O sistema legal jamais se inquietou em conceituar a família. Restringia-se a identificá-la com o casamento. Esta lacuna afastava da esfera jurídica todo e qualquer junção de procedência afetiva que induz à comunhão de vidas e confusão de bens de família. O saldo sempre foi catastrófico, pois induziu a justiça a combater à invisibilidade e a recusar direitos a quem habitava aos pares, mas sem a rubrica estatal. Hoje, e pela vez primeira, a lei determina a família atendendo a sua feição moderna.

Como bem completa Maria Berenice Dias (2013, p. 42):

A lei Maria da Penha (L 11.340/06), que busca coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, identifica como família qualquer relação de afeto (LMP 5.º III). Com isso, não se pode limitar o conceito de entidade familiar ao rol constitucional. Lei nova alargou o seu conceito. E não se diga que esse conceito serve tão só para definir a violência como doméstica. Ainda que este seja o seu objetivo, acabou por estabelecer os contornos de seu âmbito de abrangência.

No dizer de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 93):

[...] as relações familiares são funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe e tornou-se necessário identificar como família também as relações que se constituem sem o selo do casamento. As pessoas passaram a viver em uma sociedade mais tolerante e, com mais liberdade, buscam realizar o sonho de ser felizes sem se sentirem pressionadas a permanecer em estruturas preestabelecidas e engessadoras. Acabaram os casamentos de fachada, não mais se justificando relacionamentos paralelos e furtivos, nascidos do medo da rejeição social.

Esta acontecendo uma válida democratização dos anseios, onde a consideração mútua e a livre-arbítrio são resguardados. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de um grupo de vida para outro que lhe pareça mais gratificante e encantado. Infidelidade e adultério estão perdendo lugar. Luiz Felipe Nobre Beraldo Braga (2012, p. 115), “traz o conceito de família potestativa, qual seja o direito de o sujeito livremente formar a família, que designa o ímpeto de aproximação existencial pelo afeto.”.

Conforme leciona Maria Berenice Dias (2013, p. 43):

Sob a justificativa de manter a ordem social, tanto o Estado como a Igreja acabaram se imiscuindo na vida das pessoas. Na tentativa de limitar o livre exercício da sexualidade e garantir a perpetuação da espécie, eram estabelecidos interditos e proibições de natureza cultural e não biológica. Mediante estritos padrões de moralidade, os relacionamentos amorosos passaram a ser nominados de família. No entanto, vínculos afetivos sempre existiram, independentemente de regras, acima de tabus e bem antes da formação do estado e do surgimento das religiões.

De acordo com a história, a família sempre foi acoplada a ideia de instituição indissolúvel e sacralizada. Como bem situou Sergio Resende de Barros (2002, p. 7):

A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora e outra época, há muito superada pelo tempo. Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto.

O distanciamento do Estado em relação à igreja rebelou a tradição e de maneira especial os princípios que conduzem o direito das famílias, causando intensas alterações no próprio significado de família. Surgiu o pluralismo das entidades familiares, esquivando às normatizações já existentes. Mesmo assim, o direito das famílias é a área do direito mais bafejada e entusiasmada por ideias éticas e da igreja, segundo Silvio Venosa (2012, p. 27), “havendo a tendência do legislador de se arvorar no papel de guardião dos bons costumes na busca da preservação de uma moral conservadora.”

Como bem acrescenta Maria Berenice Dias (2013, p. 76):

O parlamentar, refugiando-se em preconceitos, se transforma no grande ditador que prescreve como as pessoas devem agir, impondo pautas de conduta afinadas com a moralidade vigente. Limita-se a regulamentar institutos socialmente aceitáveis. Com isso, não desagrada seu eleitorado e garante a reeleição. Assim, restam, à margem da lei, situações alvo do repúdio social ou referentes às minorias objeto de discriminação. E, perversamente, qualquer agir que se diferencie do parâmetro estabelecido como “normal” é tido por inexistente.

A ideologia da família patriarcal converteu-se na ideologia do Estado, levando-o a invadir a liberdade individual, para impor condições que constroem as relações de afeto, como bem marca Sergio Rosendo de Barros (2002, p. 9). O Estado seleciona um exemplo de família e o consagra como singular formato admissível de convívio.

A lei, por meio de mandos punitivos e intimidatórios, procura situar protótipos comportamentais por meio de códigos forçosos e cogentes, na expectativa de provocar condutas alinhadas com o padrão ético majoritário. Na experiência de desanimar modos que se apartem do parâmetro reconhecido como admissível, nega-se juridicidade a quem ofende o normatizado. Mas com essa atitude negam-se não só direitos, nega-se a existência de acontecimentos. Tudo que aparece à borda do exemplo posto como correto não tem direito a regulamentação. A indisciplina é censurada à invisibilidade. O infrator é punido com a negação de inclusão no âmbito do sistema jurídico. Mas casos reais não submergem puramente porque o legislador não as regulamenta, e o único efeito é a eliminação de direitos

O caminho da mulher é uma história de carência. Como bem refere Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p. 156):

[...] o lugar dado pelo direito à mulher sempre foi um não lugar. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada, não sendo reconhecido o valor econômico dos afazeres domésticos. Mas o novo caminho na busca da igualdade de direitos entre homens e mulheres, acabou impondo reflexos no âmbito das relações familiares.

Ainda que de modo acanhado e lentamente, os documentos legais completam pintando a andamento da mulher. Ainda que arrastada, a emancipação jurídica da mulher causou a decadência da sociedade conjugal patriarcal. Adquiriu a mulher, a classe de “sujeito de desejo”, uma vez que a histórica resignação feminina é que sustentava os casamentos, conforme ainda Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 14). Como prega Rosana Fachin (2003, p. 138), “Hoje a mulher, na plenitude de sua condição feminina, é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família.” E, sempre que se fala em mulher, impositivo render homenagens ao movimento feminista.

Camila de Camargo Silva Venturelli (2011, p. 260) apregoa que:

Apesar de tão ridicularizado, enfim conseguiu o que todas as mulheres sempre ansiaram: a liberdade e a igualdade. Recebe o nome de feminismo jurídico, como um novo ramo da filosofia do direito, o estudo das questões de gênero, porque institutos tradicionais – entre eles o direito das famílias – foram construídos sob uma perspectiva predominantemente masculina, e já nascerem tendenciosos e garantindo ao homem privilégios que as mulheres não teriam.

Como o caminho da família esta muito atrelada à emancipação feminina não há como não citar o comprido calvário a que foram reprimidas às mulheres até alcançarem, ao menos na seara constitucional, a tão anunciada igualdade. Grandes foram os progressos, mais no campo legal do que na área cultural. Segundo os cálculos de Paulo Lôbo (2003, p. 179), “foram necessários 462 anos para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (Estatuto da Mulher Casada – L 4.121/62) e foram necessários mais 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres na família - Constituição de 1988.”

Para que o direito possa apreender a ideia de justiça é necessário compreender a subjetividade feminina. Essa foi a grande contribuição da psicanálise para o direito trazida por Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 160). É necessário romper a desordem de que a igualdade é possível sem analisar que a área da objetividade decorre pelas subjetividades masculina e feminina.

Conforme reza Fernanda Tartuce (2012, p. 56):

Mister que as saudáveis e naturais diferenças entre homens e mulheres sejam tratadas dentro do principio da igualdade. Implementar a igualdade não é conceder à mulher o tratamento privilegiado de que os homens sempre desfrutaram, sob pena de se reconhecer que o modelo é o masculino. É importante lançar um olhar mais detido sobre a condição da mulher para aferir se realmente há igualdade ou se esta é apenas formal. Quando ela fica com a guarda dos filhos e compromete suas atividades profissionais e, em certa medida, também a vida pessoal, pode estar em situação de vulnerabilidade em razão de uma peculiar situação que vivencia

Para refletir na cidadania, atualmente, há que se trocar o discurso da igualdade pelo discurso da diferença. Homens e mulheres são desiguais, mas são idênticos em direitos. Obtida a igualdade jurídica, não se podem apartar as pendências. Desconhecê-las acaba por levar à abolição das características femininas. Certas discriminações são positivas, pois, na verdade, constitui preceitos compensatórios como solução para superar as diferenças, como prega Rodrigo da Cunha Pereira. (2012, p. 167). Ainda que o tratamento isonômico já esteja na lei, ainda é preciso cursar um alongado caminho para que a família se modifique em ambiente de igualdade. “O grande desafio é compatibilizar as diferenças com o principio da igualdade jurídica, para que não se retroceda à discriminação em razão do sexo, o que a Constituição veda”, segundo Paulo Lôbo (2012, p. 333).

2.1 Casamento civil heteronormativo e seus trâmites legais

Maria Berenice Dias (2013, p. 155) explica que:

O livro do código civil que trata do direito das famílias, obviamente, só poderia começar pelo casamento. Tal é a preocupação com a família matrimonializada, que a lei lhe dedica nada menos do que 110 artigos. Ainda assim, o legislador não traz qualquer definição nem tenta conceituar o que seja família ou casamento. Não identifica sequer o sexo dos nubentes. Limita-se a estabelecer requisitos para a sua celebração, elencam direitos e deveres dos cônjuges e disciplina diversos regimes de bens. Também regulamenta o seu fim, ou seja, as questões patrimoniais, que decorrem da dissolução do vínculo conjugal.

Ainda que não haja um conceito fechado do que seja casamento, no dizer de Whashington de Barros Monteiro (1960, p. 13), sempre foi reconhecido como o fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada. Já Pontes de Miranda (1974, p. 210) diz “que o casamento é uma relação ética.” “Mas quem melhor define a família é a Lei Maria da Penha (L 11.340/06): relação íntima de afeto (LMP 5.º III). Bom seria que essa definição servisse também para definir o casamento”, como bem coloca Maria Berenice Dias (2013, p. 155).

O Estado admite duas formas de celebração do casamento (CF 226 §§1.º e 2.º): o civil (CC 1.512) e o religiosos com efeitos civis (CC 1.515 e 1.516). “Ainda que haja duplicidade de formas, o casamento é regido somente por uma lei, o Código Civil, que regula os requisitos de sua validade e seus efeitos, bem como os efeitos de sua dissolução”, segundo os renomados José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz (2002, p. 21).

O casamento civil é efetivado perante o oficial do Cartório do Registro Civil. Trata-se de ato solene levado a efeito por um celebrante e na presença de testemunhas, nas dependências do cartório, ou em outro local. A gratuidade da celebração do casamento civil é preceito constitucional (CF, art. 226, §1º)³, repetido no Código Civil (CC, art. 1.512)⁴. Quando a pobreza for declarada, sob as penas da lei, a isenção do pagamento das custas estende-se à habilitação, ao registro do casamento e à primeira certidão (CC art. 1.512, parágrafo único). Assim, basta que os nubentes firmem singela declaração afirmando falta de recursos para serem dispensados de qualquer ônus.

³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. [...]

⁴ Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Maria Berenice Dias (2013, p. 159), coloca que:

A histórica disputa entre igreja e Estado em matéria matrimonial é que empresta tanto prestígio a solenidade religiosa do casamento. É tal a importância conferida ao casamento religioso que, de modo para lá de injustificável, a própria Constituição admite emprestar-lhe efeitos civis (CF 226 §2.º). Basta o atendimento dos requisitos legais (CC 1.515 e 1.516) para o matrimônio religiosos ter a mesma eficácia do casamento civil. Não se realiza o ato civil. É suficiente proceder ao registro do matrimônio para que o casamento se tenha por efetivado desde a celebração das bodas perante o ministro de Deus.

A validade civil do casamento religioso esta condicionada à habilitação – que pode ser feita antes ou depois do ato de celebração - e à inscrição no Registro Civil das Pessoas Naturais (LRP 71 e 74).

Como ainda a referida autora:

A busca de efetivos efeitos civis ao casamento religioso é admitida a qualquer tempo. Procedidos à habilitação e o registro, ainda que tardio, os efeitos civis retroagem à data da solenidade religiosa (CC 1.515). No caso de prévia habilitação, o prazo para registro é de 90 dias. Ainda depois desse prazo, é possível o registro, desde que efetuada nova habilitação. Assim, realizado o casamento religioso sem as formalidades legais, pode ser inscrito a qualquer tempo no registro civil: basta que se proceda à devida habilitação (CC 1.516). (DIAS, 2013, p. 159).

Porém, as ações para nulificar o casamento satisfazem unicamente aos regulamentos da lei civil. Anulado o ato religioso, tal não compromete a validade do casamento civil, se acontecido o referente registro. Fala a lei que, se entre a celebração do casamento religioso e o registro houver um dos cônjuges “contraído” com outrem casamento civil, há impedimento para efetuar-se o registro do ato religioso (CC 1.516 §3.º). É no mínimo jocosa a expressão empregada pelo legislador: “contrair” mais remete à moléstia ou doença do que a concretização de um sonho.

Não se pode esquecer que o Brasil é um país laico, não competindo priorizar uma religião em prejuízo de outras. A própria Constituição garante a inviolabilidade do direito de crença (CF, art. 5º, VI⁵). Compete reconhecer a possibilidade de o ato religioso de qualquer credo quadrar para fins registraes, tal como o casamento cigano e os ritos das religiões afrobrasileiras.

⁵Art. 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: [...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]

União estável. Casamento religioso. Religião afro-brasileira. Valor probante. Reconhecimento de união estável a partir de – e principalmente – casamento religioso devidamente provado com certidão fornecida por federação que congrega casas onde se cultua religião afro-brasileira. Aplicação do §3.º do art. 226 da CF. Negaram provimento aos apelos.⁶

Nada justifica que se deixe de admitir efeitos civis aos casamentos celebrados por qualquer religião. Basta que esta professe fé que não se afaste dos princípios estruturantes da sociedade. Claro que não dá para aceitar tais efeitos se a religião, por exemplo, admite poligamia e celebra múltiplos casamentos de uma mesma pessoa. Fora essas excepcionalidades nada impedem que matrimônios celebrados por qualquer religião ou crença sejam levados ao registro civil, como coloca Maria Berenice Dias (2013, p. 159).

O casamento, ritual de acesso para o estado de casado, é um ato solene, cercado de formalidades. Sua celebração é gratuita (CF, art. 226, §1.º e CC, art. 1.512⁷). O ato é realizado pelo juiz de paz, competência outorgada pela Constituição (CF, art. 98, II⁸), em dia, hora e local anteriormente designados. Os nubentes devem estar previamente habilitados (CC, art. 1.533⁹).

A solenidade é realizada nas dependências do Cartório do Registro Civil, onde se precedeu à habilitação, mas pode ocorrer em outro local, mediante autorização do celebrante (CC, art. 1.534¹⁰). Por ser solenidade pública, as portas devem permanecer abertas, até porque há a possibilidade da oposição de impedimentos.

Necessitam estar presentes: a autoridade celebrante; os noivos ou procurador com poderes especiais (CC, art. 1.542¹¹); o oficial do registro civil e duas testemunhas, que podem ser parentes dos noivos. Na hipótese de algum dos contraentes não saber ou não poder assinar,

⁶ RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AI 70003296555, 8.ª C. Cív., Rel. Des. Rui Portanova, j. 27/06/2002.

⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. [...]

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

⁸ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: [...]

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. [...]

⁹ Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531.

¹⁰ Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular.

¹¹ Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais.

serão quatro as testemunhas (CC, art. 1.534, § 2^o¹²). O juiz de paz pergunta aos nubentes se pretendem casar por livre e espontânea vontade. Ouvida a palavra “sim”, o celebrante declara efetuado o casamento (CC, art. 1.535¹³).

Continuamente se discutiu sobre o momento em que o casamento efetivamente se tem por instituído. Embora existam divergências, prepondera o entendimento de que se constitui mediante um duplo requisito: a manifestação da vontade dos noivos e a afirmação do celebrante que os declara casados (CC, art. 1.514¹⁴). Esse é o momento em que acontece o casamento. Após a celebração, é lavrado o assento no livro de registro civil das pessoas naturais (CC, art. 1.536¹⁵), que é assinado pelo presidente do ato, cônjuges, testemunhas e o oficial de registro. No assento deve constar a qualificação dos recém-casados, dos seus pais e da testemunhas, além dos dados relativos à habilitação e ao regime de bens (CC, art. 1.536). Também é anotado o nome que os cônjuges passarão a usar, pois qualquer deles pode adotar o sobrenome do outro (CC, art. 1.565, §1^o¹⁶).

O registro do casamento tem finalidade certificatória, e a certidão do registro serve de prova de sua celebração (CC, art. 1.543¹⁷). Na ausência do registro, justificada sua falta, perda ou extravio, admite-se qualquer outro meio de prova (CC, art. 1.543, parágrafo único¹⁸). “Não se trata, por obvio, da simples perda da certidão, já que pode ser emitida segunda via. Trata-se de desaparecimento do próprio registro, seja do livro, seja do cartório onde foi efetuado o lançamento”, como bem explica Maria Berenice Dias (2013, p. 169).

Explicava-se quando o casamento era indissolúvel que, com o casamento, o documento identificatório da pessoa passasse a ser a certidão de casamento. Presentemente não mais. De todo descabido que exista a mudança do registro de nascimento pelo do casamento. Quando o casamento se dilui pelo divórcio e novo casamento acontece, é expedida

¹²Art. 1.534. [...]

§ 2^o Serão quatro as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever.

¹³Art. 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."

¹⁴Art. 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.

¹⁵ Art. 1.536. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados: [...]

¹⁶ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1^o Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro. [...]

¹⁷ Art. 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.

¹⁸ Art. 1.543. [...]

Parágrafo único. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova.

nova certidão de casamento. Tranquilamente melhor acataria a garantia das relações jurídicas se no registro de nascimento fosse averbado o divórcio, a união estável, o casamento e a morte da pessoa. Tudo em um singular documento.

Existia expressa proibição de se proceder ao reconhecimento de filho na ata do casamento (L 8.560/92 3.º). Tal vedação não foi copiada no Código Civil, silêncio que separa o injustificável impedimento, que em adequado momento foi afastada. Portanto, nada impede o reconhecimento na ata do matrimônio.

3 NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

Inicialmente, compete citar que todo assunto que diz com sexualidade é submerso em uma aura de enigmas, sempre despertando intensa agitação e curiosidade. Não só, mas especialmente neste assunto, tudo que se estabelece fora dos estereótipos resta por ser considerado “anormal”, ou seja, externo a normalidade, o que não se adapta aos padrões.

A sociedade tem apegos culturais influentes em cada período e um sistema de eliminações muitas vezes garantido em preconceitos estigmatizantes.

Temas que falam com relações comportamentais e familiares localizam-se mais no domínio privado do que na pública, competindo à sociedade sua normatização. São, em regra, teses de vagaroso amadurecimento. Por exemplo, o divórcio. Procrastinou, no entanto a sociedade brasileira acabou por aceitá-lo. A sociedade, nas derradeiras décadas, alterou o modo de enfrentar a virgindade das mulheres e a homossexualidade. Permaneceu mais compreensivo com o segundo e revogou a necessidade da primeira.

Com o desenvolvimento da cultura e a alteração dos apegos, dos conceitos de pudor e moral, a questão atinente à escolha sexual deixou de ser “tema proibido” e atualmente é encarado espontaneamente, sendo retratado nas novelas, no cinema, nos meios de comunicação social como um todo.

Embora a sociedade se avalie heterossexual, a homossexualidade vive desde que o mundo é mundo. Nas civilizações ocidentais contemporâneas, é caracterizado por uma marca, renegando à marginalidade aqueles que não têm primazias sexuais dentro de determinados modelos de exata moralidade.

O homossexualismo é um caso que se estabelece e não pode ser recusado, garantindo a tutela jurídica, sendo enquadrado como entidade familiar, o que não vai modificar a família nem incitar sua prática, pois, segundo o Deputado Fernando Gabeira, “ninguém vira homossexual lendo o Diário Oficial”. Imperativo alterar valores, abrir ambientes para novas contendas, contornar dogmas, preconceitos e princípios.

As transformações que vêm ocorrendo no afeto, no casamento e na sexualidade ao longo da modernidade implicaram em alterações radicais na familiaridade e na vida particular das pessoas. Nesse processo, a chamada guerra sexual e a emancipação feminina apresentaram uma função basilar. Esse assunto é objeto de apreciação do sociólogo Anthony Giddens (1993) em “A transformação da Intimidade.” Segundo ele, “as novas formas de relacionamento que resultaram dessas mudanças têm como base a igualdade e os princípios

democráticos.” Para apreender essa realidade atual, Giddens lança mão de três categorias básicas: o amor confluyente, a sexualidade plástica e o relacionamento puro.

O amor confluyente é mais real que o amor romântico, porque não se pauta pelas identificações projetivas e fantasias de completude. Presume igualdade na relação nas trocas afetivas e no envolvimento emocional. O amor confluyente introduz a ars erótica no cerne do relacionamento conjugal e transforma a realização do prazer sexual recíproco em um elemento-chave na manutenção ou dissolução do relacionamento. Desenvolve-se como um ideal em uma sociedade onde quase todos têm a oportunidade de se tornarem sexualmente realizados. Ao contrário do amor romântico, o amor confluyente não é necessariamente monogâmico nem heterossexual.

A sexualidade plástica é uma sexualidade descentralizada, liberta das necessidades de reprodução. Tem origem na tendência à redução da família, iniciada no final do século XVIII, e desenvolve-se mais tarde com a difusão da contracepção moderna e das novas tecnologias reprodutivas. A emergência da sexualidade plástica é fundamental para a emancipação implícita no relacionamento puro assim como para a reivindicação da mulher ao prazer sexual.

O relacionamento puro é um relacionamento centrado no compromisso, na confiança e na intimidade. Implica em desenvolver uma história compartilhada em que cada um deve proporcionar ao outro, por palavras e atos, algum tipo de garantia de que o relacionamento deve ser mantido por um período indefinido. É um relacionamento diferente da ideia de casamento como uma condição natural, cuja durabilidade pode ser assumida como certa, exceto em algumas circunstâncias extremas. Uma característica do relacionamento puro é que ele pode ser terminado, mais ou menos à vontade, em qualquer época e por qualquer um dos parceiros. O compromisso é necessário para que um relacionamento tenha a probabilidade de durar, mas não evita que qualquer um que se comprometa sem reservas corra o risco de sofrer muito no futuro, no caso de o relacionamento vir a dissolver-se. Nesse tipo de relacionamento, o que conta é a própria relação, e a sua continuidade depende do nível de satisfação que cada uma das partes pode extrair da mesma.

As origens do relacionamento puro, diz Giddens (1990, p.11):

[...] podem ser encontradas na ascensão do amor romântico, que criou a possibilidade de estabelecer um vínculo emocional durável. A diferença é que, embora o amor romântico suponha uma igualdade de envolvimento emocional entre duas pessoas, durante muito tempo as mulheres foram mais afetadas pelos seus ideais. Os sonhos do amor romântico conduziram muitas mulheres a uma severa sujeição doméstica. O ethos do amor romântico teve um impacto duplo sobre a situação das mulheres: além de ajudar a colocar as mulheres em seu lugar - o lar,

reforçou o compromisso com o machismo ativo e radical da sociedade moderna. Os ideais do amor romântico começaram a se fragmentar com a emancipação sexual e a autonomia femininas. O declínio do controle sexual dos homens sobre as mulheres colocou possibilidades reais de transformação da intimidade. Embora a intimidade possa ser opressiva se for encarada como uma exigência de relação emocional, ela pode, no entanto, surgir sob uma luz completamente diferente se considerada como uma negociação transacional de vínculos pessoais, estabelecida por iguais. A intimidade implica uma total democratização do domínio interpessoal, de uma maneira plenamente compatível com a democracia na esfera pública.

Esse procedimento de democratização das relações individuais afeta intensamente os aspectos e vivências do matrimônio. Na conjuntura brasileira, especialmente entre os setores médios urbanos mais estudados, o casamento clássico conduzido pela preponderância masculina vem dando lugar a outra configuração de casamento, no qual a mulher reivindica equidade e existe uma constante comercialização no relacionamento. Nessa forma de casamento, a familiaridade pretende se reestruturar com alicerce em novos valores, entre os quais coleguismo e amizade se assentam como essenciais.

A mudança da intimidade atravessa essencialmente por uma apreciação de gênero. As novas pesquisas nessa seara interrogam a ideia dominante na literatura de que os homens têm mais dificuldades com a intimidade do que as mulheres. Como diz Giddens (1990), a intimidade é acima de tudo uma questão de comunicação pessoal, com os outros e consigo mesmo, em um contexto de igualdade interpessoal.

Nessa paisagem, as mulheres apresentaram uma função de revolucionárias emocionais da era moderna e organizaram o caminho para extensão da intimidade. Algumas disposições psicológicas têm sido a condição e o resultado desse processo, assim como também as mudanças materiais e sociais que Segundo Giddens (1990), “quando diz que as mulheres foram promotoras dessas mudanças, mas vale lembrar que elas não fizeram esse trabalho sozinhas. A construção de relações amorosas e sexuais mais democráticas e igualitárias dentro ou fora do casamento é uma conquista de homens e mulheres.”

Tal aquisição tem aceitado o aparecimento de outras configurações de relacionamento amoroso, tanto na conjuntura heterossexual quanto fora dela. Habitamos atualmente no signo da multiplicidade. O casamento metódico, heterossexual com objetivo de construção da família, permanece sendo uma referência e um valor respeitável, mas conversa com outros formatos de relacionamento matrimonial como os casamentos sem filhos, as uniões consensuais, ou casamentos sem coabitação, e ainda as uniões homossexuais. Nesse procedimento de modificação da intimidade, da importância e das mentalidades, a intenção da sociedade é tornar-se cada vez mais maleável para aceitar esses modernos desenhos das relações amorosas.

Conforme Maria Berenice Dias (2013, p. 46):

[...] por absoluto preconceito, a Constituição emprestou de modo expreso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1.º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Continua a mesma autora:

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amearhar patrimônio e se vê sozinho sem nada”, complementa a renomada autora. (DIAS, 2013, p. 46)

As diversas decisões judiciais conferindo consequências jurídicas a essas relações induziram o STF a reconhecê-las como união estável, com idênticos deveres e direitos, conforme julgamento da ADI 4277 e ADPF 132 realizado pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁹

A partir desta deliberação passou a justiça a aceitar a conversão da união homoafetiva em casamento. Logo imediatamente, o STJ acolheu a habilitação para o casamento junto ao Registro Civil, sem ser necessário antes oficializar a união para em seguida transformá-la em casamento, isso de acordo com o julgamento proferido pelo STJ, do Recurso Especial 1.183.378-RS, realizado no dia 25 de outubro de 2011, que teve como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão.²⁰

¹⁹ 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. [...] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>> Acesso em: 28 out. 2015.

²⁰ 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 A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL.

Ilustra Maria Berenice Dias (2013, p. 47):

Se a negativa de emprestar direitos às uniões homoafetivas tinha por fundamento a ausência de lei, esta desculpa deixou de servir quando a Lei Maria da Penha definiu a família como relação íntima de afeto e, de forma ate repetitiva (LMP 2.º e 5.º parágrafo único), ressaltou a orientação sexual de quem se sujeitou à violência doméstica. Com isso acabou por albergar no seu conceito, de modo expresso, as uniões homoafetivas.

Maria Berenice Dias prossegue aduzindo que (2013, p.161):

Nem a constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referencia ao sexo dos nubentes. Portanto, não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculizava a realização do casamento era somente o preconceito. Alias, a construção doutrinaria sobre casamento inexistente tem como único ponto de sustentação a alegada impossibilidade do casamento homossexual.

O simples fato de a lei instituir (CC 1.565) que, *pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos de família* não denota que esteja restringindo as núpcias a heterossexuais. Meramente o que esta dizendo é que tanto a mulher quanto o homem ostentam tal qualidade, e não que obrigatoriamente tenham de estar casados com pessoas do sexo contrário.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2013, p. 162):

[...] com o advento da Lei Maria da Penha (L 11.340/06), alargou-se o conceito de família para albergar as uniões homoafetivas. Apesar da referencia do art. 1.514 a "homem e mulher", a nova definição legal da família brasileira se harmoniza com o conceito de casamento "entre cônjuges" do art. 1.511 do Código Civil. A partir da decisão do STF, (STF, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011) que assegurou às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres da união estável, passou a ocorrer a conversão da união estável em casamento. O STJ admitiu a habilitação para o casamento (STJ, REsp 1.183.378-RS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011) e as Justiças de vários Estados vêm regulamentando esses procedimentos.

João Baptista Villela (1994, p. 20) complementa afirmando que:

ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA 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. [...] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 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. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj>> Acesso em: 30 out. 2015.

[...] é necessário ter uma visão pluralista da família, abrigoando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-la como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade - para inseri-lo no direito das famílias, que em como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde os patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.

Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os interesses têm por fundamento apenas o anseio, enquanto a linha que o diferencia do direito da família é o afeto. Como bem coloca Paulo Lôbo (2007, p. 96), “A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.”

Como bem situa Maria Berenice Dias (2013, p. 208):

O repúdio social a segmentos marginalizados e excluídos acaba intimidando o legislador, que tem enorme resistência em chancelar lei que vise a proteger a quem a sociedade rejeita. Por puro preconceito, não aprova objetos voltados a minorias alvo da discriminação. Tem medo de desagradar o eleitorado e colocar em risco sua reeleição. A maior evidencia deste descomprometimento é o PLC 122/06, que objetiva criminalizar a homofobia. Até hoje vaga pelo Congresso Nacional sem chance de aprovação.

A supressão legal tem uma consequência cruel. Diversos juízes combatem em emprestar-lhes juridicidade. Explicam a ausência de lei como obedecendo ao anseio do Estado em não desejar lhes conferir direitos, quando o real motivo é bem outro: o preconceito.

Completa Maria Berenice Dias (2013, p. 208):

[...] daí a iniciativa da Ordem dos Advogados do Brasil, que criou Comissões da Diversidade Sexual junto ao Conselho Federal e em inúmeras Seccionais estaduais e Subseções, com a finalidade de capacitar os advogados a atuarem nas demandas envolvendo os direitos da população LGBT a elaborar o projeto do Estatuto da Diversidade Sexual.

3.1 Casamento civil homoafetivo: o que diz o Direito brasileiro

Como bem ilustra Maria Berenice Dias (2013, p. 197):

[...] a Constituição recomenda que a lei facilite a conversão da união estável em casamento (CF 226 §3.º). Mas o Código Civil deixou de obedecer a dita recomendação. Exigir a interferência judicial não é facilitar, é burocratizar, é onerar. Deixa a lei de atender à determinação constitucional de determinar que o pedido seja dirigido ao juiz, para ser posteriormente levado ao registro civil (CC 1.726). Esse procedimento, às claras, em nada facilita a conversão. Ao contrário, dificulta. Tanto é assim que a doutrina vem considerando inconstitucional esse dispositivo.

Francisco José Cahali (2002, p. 306):

O sentido prático da transformação da união estável em casamento seria estabelecer seu termo inicial, possibilitando a fixação de regras patrimoniais com efeito retroativo. Dificultando esse intento, o jeito é firmar contrato de sobrevivência, que pode dispor de eficácia retroativa, incidindo suas previsões sobre situações pretéritas a partir da caracterização da união.

A outra saída é casar, além de ser menos oneroso, com certeza é mais romântico. Vale lembrar que o casamento é gratuito (CF 226, §1^{o21}), e o processo de transformação estar amarrado a propositura de ação judicial, que provoca a contratação de defensor e pagamento de custas. Após, há a probabilidade de os nubentes consolidarem pacto antenupcial, no qual podem, a seu dispor, arranjar o acerto de caráter patrimonial que desejarem, até mesmo com resultado retroativo sobre os bens privados.

O convertimento só é aceitável se não houver obstáculo para o casamento. Destarte, se um dos conviventes é apenas separado de fato, não pode pra casar, apenas após o trânsito em julgado da sentença de divórcio. Também não é possível a conversão após o falecimento de um dos conviventes.

Não apresentou a lei civil alguma norma sobre a maneira de operacionalizar a conversão da união estável em casamento. Com isso, decisões dos tribunais estaduais regulamentam o método de conversão com a intenção de desburocratizar o processo, aceitando o uso do caminho administrativo.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2013, p. 198), “após o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face da resistência de alguns, os tribunais acabaram regulamentando sua conversão em casamento.”

Em sua obra, ela diz:

²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
[...]

Em 05/05/2011, o STF acolheu duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares com os mesmo direitos e deveres das uniões estáveis, pondo fim à insegurança jurídica decorrente da omissão do legislador que de forma preconceituosa se abstém de aprovar qualquer projeto que assegure direitos à população LGBT. A histórica decisão, proferida por unanimidade, dispõe de 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 (CF 102 §2.º). A desobediência dá ensejo a pedido de reclamação diretamente no STF. (DIAS, 2013, p. 213)

A partir dessa decisão principiou a jurisprudência a aceitar a mudança da união homoafetiva em casamento, até que o STJ aceitou a habilitação direta para o casamento. Tal deliberação induziu os Tribunais de vários Estados a oficializarem os métodos para que tais direitos fossem garantidos na seara administrativa.

Completa Maria Berenice Dias (2013, p. 215):

Além de atenderem ao direito das partes, as decisões judiciais têm outro significado. O povo tem a tendência de aceitar o que o Poder Judiciário referenda como certo. Com isso, a jurisprudência acaba estabelecendo pautas de conduta de caráter geral. Mesmo apreciando o caso concreto, funciona o juiz como agente transformador da própria sociedade. Não é ignorando certos fatos, deixando determinadas situações a descoberto do manto da juridicidade, que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação. O Estado não pode se omitir e deixar de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

Tramita no Brasil a proposta de Emenda à Constituição, PEC nº 139/95²², da Deputada Marta Suplicy, que modifica os arts. 3º e 7º da CF, para impedir a discriminação que tenha como causa a orientação sexual. Além das garantias constitucionais, nas camadas jurídicas estaduais e municipais estão aparecendo regulamentações com alusões mais particulares, assim como as Constituições dos Estados do Mato Grosso e Sergipe, bem como a Lei Orgânica do Município de Porto Alegre e de 74 diversos municípios, que já apregoam explícito abrigo à discriminação por “orientação sexual”.

De autoria da Deputada Marta Suplicy, o Projeto de Lei nº 1.151/95²³, teve alterado o denominação de união civil para parceria civil registrada, para não ser atrapalhada com casamento. Procura aprovar a elaboração de um acordo escrito, com a probabilidade de ser registrado em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais.

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 139, de 1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169460>> Acesso em: 30 out. 2015.

²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.151, de 1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>> Acesso em: 30 out. 2015.

Segundo descreve a própria justificativo do Projeto, ele não se sugere oferecer às parcerias homossexuais um status idêntico ao do casamento. Procura conferir resguardo às pessoas que o assinam, priorizando a segurança dos direitos de cidadania.

Podem ser compactuados impedimentos, deveres e obrigações, possuindo dispositivos de caráter patrimonial. Protege o direito de sucessão, de usufruto (da metade ou quarta parte dos bens enquanto não registrar outro contrato), composição da renda para compra ou aluguel de imóvel, resguarda o direito de propriedade, direitos de curatela, possibilidade de declaração no imposto de renda, impenhorabilidade da residência, direito de nacionalidade em caso de estrangeiros e benefícios previdenciários.

Do mesmo modo não implica a existência de uma relação afetiva ou homossexual entre os companheiros; porém, permite que apenas podem acordar pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas (inc. I do § 1º do art. 1º) e impede a modificação do estado civil durante sua validade, impede que elas se casem, ao causar novo obstáculo não elencado no art. 183 do CC²⁴. Claramente está resguardando as relações homossexuais e instituindo um vínculo jurídico entre ambos causadores de consequências pessoais além dos patrimoniais, não podendo enquadrá-lo unicamente na área obrigacional.

Embora o contrato tenha similaridade com o pacto antenupcial, é mais proveitoso, porque os contraentes podem decidir apenas quanto ao regime de bens, sendo aberta a liberdade dos nubentes para constituir obrigações e impedimentos de modo pessoal. Também a transgressão dos deveres acordados dá causa ao rompimento do acordo (inc. I do art. 5º), o que inexistente com o casamento.

No substitutivo, foi proibida a adoção e colocado o prazo ínfimo de dois anos para sua extinção, por desinteresse de um dos parceiros. Não permite a adoção de sobrenome, a alteração do estado civil e a composição de família.

Independente de seus defeitos e confusões técnicas indica o início do afastamento da marginalidade, deixando de ser abandonados para serem abarcados no vínculo social e assim a ciência pelo Estado. O Projeto, por seis ocasiões, ingressou em pauta, mas ainda não foi à plenária.

Se dois indivíduos passam a ter vida em comum, exercendo as obrigações de auxílio mútuo, em um apropriado convívio estável, marcado pelo amor e respeito mútuo, com o desígnio de edificar um lar, inquestionavelmente que esse liame, independentemente do sexo de seus membros, origina direitos e obrigações que não podem permanecer à margem da lei.

²⁴Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.

Descabe ser citada a ausência de previsão legislativa, pois, muito antes de serem reguladas as relações concubinárias, já eram conferidos direitos às companheiras nas relações heterossexuais. Trata-se de desenvolvimento do Direito, que passou a dar valor à afetividade humana, amortecendo os preconceitos e os protocolos sociais e legais. As relações familiares se enchem de autenticidade, boa-fé, amor, compreensão, conversação, similaridade, abandonar a hipocrisia, a mentira e a calúnia institucionalizada, a legalidade rigorosa.

A marca do preconceito não pode aceitar que tal acontecimento social não se contenha a efeitos jurídicos. Por hora, se reconhecer facilmente uma sociedade de fato, estribando-se no art. 1.363²⁵ do CC e com isso deferindo a conversação dos bens alcançados.

A essas relações se está atribuindo o mesmo caminho percorrido pela jurisprudência e pela doutrina nas relações entre uma mulher e um homem fora do casamento. Inquestionável que foi esse o motivo que induziu a extensão do conceito de família, mediante a constitucionalização da união estável.

Embora tenha vindo a Constituição com aparência de modernidade, ao conceder o abrigo do Estado à família, independentemente do casamento, permaneceu a desconhecer a existência de entidades familiares constituídas por pessoas de igual sexo.

Ao se buscar identificar o conceito de família, a primitiva visão é da família patriarcal, claramente hierarquizada, com papéis bem marcantes, desenvolvida por meio do casamento, com uma constituição extensiva. Atualmente a família é nuclear, horizontalizada, oferecendo formatos intercambiáveis de funções e sem o selo do casamento.

Destarte, não se distingue mais a família pelo acontecimento do casamento. Do mesmo modo a existência de prole não é fundamental para que a coexistência faça jus ao reconhecimento e amparo constitucional, tendo em vista que sua ausência não caracteriza sua desconstituição.

Complementa Maria Berenice Dias (2008):

[...] portanto, se a prole ou capacidade procriativa não é essencial para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica ter deixado de abrigar sob o conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a própria lei não faz qualquer distinção entre essas em razão do sexo. O próprio CC não fala que o casamento é entre pessoas de sexos diversos, nem nos impedimentos há tal referência. Com esse fundamento, inclusive, um casal de lésbicas em Belo Horizonte ingressou com pedido de habilitação para o casamento em dezembro de 1998.

²⁵ Art. 1.363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário:

I - a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza;
II - a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.

Nem a Declaração Universal dos Direitos do Homem faz alguma advertência, sendo que o art. XVI. 1: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio.”

O assunto das uniões estáveis homossexuais é um episódio social que nenhum estado atualizado pode desconhecer, pois não se trata de um fato separado, ou o enfraquecimento da tradição como querem os moralistas, mas a demonstração de uma escolha pessoal que o Estado deve considerar.

Desde o término dos anos 60, tem crescido a visibilidade das alternativas sexuais das pessoas. Como está atenuando o sentimento de culpa que pesa sobre essas pessoas. Com a decadência da autoridade da Igreja, existe uma disposição em deixar de ver o encanto sexual como crime.

Completa Maria Berenice Dias (2008), “assim, não se pode deixar de ter por discriminatória a distinção que o art. 226, § 3º, da CF faz ao outorgar proteção a pessoas de sexos diferentes, contrariando princípio constitucional constante de regra pétrea.”

Otto Bachof (1951) já sustentava que:

Como a Constituição não é um conjunto de regras, mas um conjunto de princípios, aos quais se devem afeiçoar as próprias normas constitucionais, por uma questão de coerência, mostrando-se uma norma constitucional contrária a um princípio constitucional, tal fato configura o conflito e assim a norma deve ser considerada inconstitucional.

Surpreendendo esse paralelo, admissível é findar ser inconstitucional a ressalva do art. 1º da Lei nº 9.278/96²⁶, que regulamenta a união estável, podendo e carecendo ser aproveitada às relações homossexuais.

É válido notar o conceito dos conhecedores da ONU: casamento é um grupo de pessoas que coexistam sob o mesmo teto, sejam ou não de idêntico sexo, não se utilizando o matrimônio como raiz do casamento.

Vale ressaltar que o Direito de Família tenta regulamentar e instituir as relações que são da seara da sexualidade. A primitiva lei foi o impedimento do incesto. A Constituição integra no laço social todos os cidadãos, vedando discriminação de qualquer ordem.

Complementa Maria Berenice Dias(2008):

²⁶Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Não se pode afrontar a liberdade fundamental a que faz jus todo ser humano e que diz com a condição de sua vida sexual. A orientação sexual que alguém adota em sua vida privada não admite restrições a direitos. Presentes os requisitos legais, vida em comum, coabitação, laços afetivos, divisão de despesas, não se pode deixar de conceder-lhe os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tenham as mesmas características.

Tendo o Judiciário como extraordinário a analogia com o casamento ou a união estável, a coexistência de pessoas do mesmo sexo tem localizado oposição para o reconhecimento de direitos, quase fechando as portas para essa realidade, quem sabe com o desígnio de não vê-la e assim fazê-la sumir.

Mais que uma sociedade de fato, trata-se de uma sociedade de afeto, o mesmo vínculo que prende os parceiros heterossexuais. No vazio da lei, ou seja, na ausência de normatização, há que se auxiliar do art. 4º da Lei de Introdução ao CC²⁷, que designa a aplicação da analogia, costumes e princípios gerais de direito. Não se pode deixar de fazer analogia com as demais relações que têm o afeto por razão, ou seja, o casamento e as uniões estáveis. Não se pode embaraçar as questões jurídicas com as questões religiosas e morais.

Como bem referiu a Deputada Marta Suplicy na justificativa do seu Projeto de Lei nº 1.151, de 1995²⁸:

Se todos têm direito à felicidade, não há por que negar ou desconhecer que muitas pessoas só serão felizes relacionando-se afetiva e sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Valores e norma sociais são modificados, reconstruídos e alterados de acordo com as transformações da própria sociedade.

Enquanto a lei não segue o progresso dos usos e costumes, as variações de mentalidade, o progresso do conceito de moralidade, nenhuma pessoa, nem os aplicadores do Direito, podem em nome de uma atitude discriminatória ou preconceituosa, fechar os olhos a essa modernidade e sermos fazedores de grandes tiranias. O que não se pode é desistir na confusão entre o desejo de ser imparcial e o medo de sê-lo. E uma sociedade que se quer ser justa, acessível, aberta, pluralista, solidária, fraterna e popular, à caminho do novo milênio, não pode coexistir com tão rigorosa discriminação.

Maria Berenice Dias (2008) diz que:

²⁷Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.151, de 1995. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>> Acesso em: 30 out. 2015.

[...] impondo a Constituição respeito à dignidade humana, são alvos de proteção os relacionamentos afetivos independentemente da identificação do sexo do par: se formados por homens e mulheres ou só por mulheres ou só por homens. Mesmo que, quase intuitivamente, conceitue-se família como uma relação interpessoal entre um homem e uma mulher tendo por base o afeto, necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são cunhados também por um elo de afetividade.

As uniões entre pessoas de igual sexo, mesmo que não previstas claramente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, existem e tem direito à tutela jurídica. A omissão de regulamentação estabelece que as uniões homoafetivas sejam nominadas como entidades familiares no campo do Direito de Família. A índole afetiva do liame em nada o distingue das uniões heterossexuais, tendo direito a ser identificado como união estável.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2008):

Preconceitos de ordem moral não podem levar à omissão do Estado. Nem a ausência de leis nem o conservadorismo do Judiciário servem de justificativa para negar direitos aos relacionamentos afetivos que não têm a diferença de sexo como pressuposto. É absolutamente discriminatório afastar a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homossexuais. São relacionamentos que surgem de um vínculo afetivo, geram o enlaçamento de vidas com desdobramentos de caráter pessoal e patrimonial, estando a reclamar um regramento legal.

Reconhecer como juridicamente impraticáveis ações que apresentem por alicerce uniões homossexuais é relegar casos existentes à invisibilidade, aumentar a consagração de injustiças e permitir enriquecimento sem causa. Nada explica, por exemplo, deferir a herança a parentes distantes em prejuízo de quem muitas vezes dedicou uma vida ao outro, participando na formação do acervo patrimonial. Descabe ao juiz julgar as opções de vida das partes, pois deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, centrando-se exclusivamente na apuração dos fatos para encontrar uma solução que não se afaste de um resultado justo.

Descabido constituir a distinção de sexos como desígnio para a identificação da união estável. Tal diferença, arbitrária e eventual, é requisição claramente discriminatória. O próprio constituinte reconheceu a comunidade constituída por qualquer dos pais e seus descendentes também como entidade familiar, digna da proteção do Estado. Perante essa abertura conceitual, nem o casamento nem a distinção dos sexos ou a capacidade procriativa servem de componente caracterizador da família. Logo, não há como enxergar como entidade familiar apenas a união estável entre pessoas de sexos diferentes.

Situa Maria Berenice Dias (2008):

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. Se prole ou capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, não mais cabe excluir do conceito de família as relações homoafetivas. Excepcionar aquilo que a lei não distingue é forma de excluir direitos.

Passando duas pessoas atreladas por um vínculo afetivo a nutrir relação pública, duradoura e contínua, como se casadas fossem, constituem um núcleo familiar à similaridade do casamento, independentemente do sexo a que cabem. Imperioso identificá-la como união estável, causadora de resultados jurídicos. Diante do silêncio do legislador e da supressão constituinte, necessita o juiz exercer com sua função de proferir o Direito, acatando à determinação constante do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil²⁹ e do art. 126³⁰ do Código de Processo Civil.

De forma brilhante coloca Maria Berenice Dias (2008):

Na lacuna da lei, ou seja, na falta de normatização, precisa valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Nada diferencia as uniões homoafetivas de modo a impedir que sejam definidas como família. Enquanto não existir regramento legal específico, imperiosa se faz a aplicação analógica das regras jurídicas que regulam as relações que têm o afeto por causa: o casamento e a união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o acréscimo dessa forma integrativa de um fato existente e não-regulamentado ao sistema jurídico. A identidade sexual não serve de justificativa para que se busque qualquer outro ramo do Direito que não o Direito das Famílias.

Rios assevera que:

A equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela via analógica, implica a atribuição de um regime normativo destinado originariamente a situação diversa, ou seja, comunidade formada por um homem e uma mulher. A semelhança aqui presente, autorizadora da analogia, seria a ausência de vínculos formais e a presença substancial de uma comunidade de vida afetiva e sexual duradoura e permanente entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os sexos opostos. (RIOS, 2000, p. 122).

²⁹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁰ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Nas palavras de Matos:

Igualmente há a determinação de se fazer uso dos princípios gerais do Direito, para colmatar as lacunas da lei. Devem ser invocados os princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito, que impõem o respeito à dignidade e asseguram o direito à liberdade e à igualdade. O ordenamento jurídico estrutura-se em torno de certos valores, muitos dos quais estão postos em sede de princípios constitucionais, que também devem informar a interpretação da legislação específica numa leitura incorporada pelos reclamos da atualidade histórica. (MATOS, 2004, p. 145).

Quando inexistir regulamento, há a deliberação de se lembrar também dos costumes. Mas imprescindível é que se chamem os costumes presentes, que cada vez mais vêm acatando e cedendo visibilidade aos relacionamentos das pessoas de idêntico sexo, pois as relações sociais são enérgicas.

Como bem explica Maria Berenice Dias (2008):

[...] totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado, encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura dos tempos de hoje.

Veloso complementa nesse sentido:

Também o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil indica um caminho para o juiz: ele deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e às mudanças sociais. (VELOSO, 1999, p. 92).

A birra da doutrina predominante e da jurisprudência majoritária em se ampararem das regras legais que conduzem a união estável ou o casamento ao prestígio de uma sociedade de fato. Sob o alicerce de se impedir enriquecimento injustificado, chamo-se o Direito das Obrigações, o que acaba diminuindo a possibilidade da permissão de um leque de direitos que só têm na seara do Direito das Famílias. Presentes as condições legais, vida em comum, coabitação e laços afetivos, não se pode deixar de outorgar às uniões homoafetivas os mesmos direitos deferidos às relações heterossexuais que tragam iguais características. Como adverte Villela (1979, p. 12): “Sexo é sexo, patrimônio é patrimônio. Se, em geral, já é um princípio de sabedoria e prudência não misturá-los, aqui é definitivamente certo que um nada tem a ver com o outro.”

O tratamento individualizado a circunstâncias análogas acaba por provocar intensas injustiças. Segundo Pereira (2001, p. 281), “[...] em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social.”

Maria Berenice Dias diz (2008):

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em verdadeiro convívio estável caracterizado por amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.

Desconhecer a realidade, deixando-a à margem da coletividade e fora do Direito, não irá fazer a homossexualidade sumir. Necessário se faz o reconhecimento da união estável entre pessoas de idêntico sexo. Como diz Giorgis (2002, p. 244):

De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo de alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal, em que aquela se inclui.

Mais do que uma sociedade de fato, fala-se de uma sociedade de afeto, o mesmo vínculo que prende os parceiros heterossexuais. Bem questiona Paulo Lôbo (2002, p. 100): “Afim, que ‘sociedade de fato’ mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?”

Não se pode falar em homossexualidade sem pensar em afeto. Enquanto a lei não segue a progresso da sociedade, a transformação de mentalidade, a melhora do conceito de moralidade, nenhuma pessoa tem o direito de não enxergar essa nova realidade, assumindo atitude preconceituosa ou discriminatória. Os aplicadores do Direito não podem ser nascentes de amplas injustiças. Descabe embarçar questões jurídicas com questões religiosas e morais. É imprescindível alterar valores, abrir espaços para novas contendas, deliberar princípios, preconceitos e dogmas.

Os preceitos legais necessitam adequar-se aos princípios e às garantias que aproximam o exemplo consagrado pela Carta Política, imagem da pretensão geral do povo. O centro do sistema jurídico, o qual ampara a própria razão de ser do Estado, necessita garantir muito mais liberdades do que causar invasões extralegis na esfera particular do cidadão.

Completa Maria Berenice Dias (2008):

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para se negar a prestação jurisdicional ou de motivo para se deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omissão legal, deve o juiz se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito [...]

O sistema jurídico assevera tratamento isonômico e abrigo igualitário a todos os cidadãos. Omitindo-se o constituinte em regulares situações merecedoras de tutela, as lacunas necessitam ser colmatadas pelo Judiciário. Na apresentação de vazios legais, a perfeição do reconhecimento de direitos precisa ser praticada pelo juiz, que não pode recusar amparo jurídico nem deixar de garantir direitos sob a arguição de falta de lei; deve assumir sua função instituidora do direito.

Convencionalismos e posturas discriminatórias, que tornam calados os legisladores, não devem induzir também o juiz a se silenciar. Cogente que ele conheça direitos às situações dignas de proteção, porque não se pode apartar do dever de praticar justiça. Para outorgar direito a parte alvo da exclusão social, impositiva o emprego da analogia que leva à invocação do princípio da igualdade na procura de identificação da afinidade significativa.

Mesmo que o preconceito faça com que os relacionamentos homoafetivos afixem o repúdio da parte conservadora, a agitação libertária que modificou a sociedade acabou por alterar o próprio conceito de família. A homossexualidade existe, sempre houve e cabe à Justiça lhe doar visibilidade. Em coisa nenhuma se distinguem os vínculos heterossexuais e homossexuais: os dois têm o afeto como componente edificante.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2003, p. 17):

As uniões de pessoas com a mesma identidade sexual, ainda que não legalizadas, acabaram batendo às portas da Justiça para reivindicar direitos. Mais uma vez o Judiciário foi chamado a exercer a função criadora do direito. O caminho que lhes foi imposto já é conhecido. As uniões homossexuais tiveram que trilhar o mesmo iter percorrido pelas uniões extramatrimoniais. Em face da resistência em ver a afetividade nas relações homossexuais, foram elas relegadas ao campo obrigacional e rotuladas de sociedades de fato, dando ensejo à mera partilha dos bens amealhados durante o período de convívio, mediante a prova da efetiva participação na sua aquisição.

O medo de afetar a sacralizada definição do casamento, adstrito à idéia da procriação e, por resultado, à heterossexualidade do casal, não aceitava que se colocassem as uniões

homoafetivas no campo do Direito das Famílias. Existia problema de reconhecer que o convívio está situado em um vínculo de afeto, o que acabava impedindo de fazer a analogia dessas uniões com a entidade da união estável. Apartada a identidade familiar, nada mais era conferido além da divisão do patrimônio comum. Alimentos e pretensão sucessória eram recusados sob a argumentação de impossibilidade jurídica do pedido.

Quando conhecida sua existência, as uniões homossexuais eram relegadas ao Direito das Obrigações. Como relações de modo comercial, as polêmicas eram julgadas pelas varas cíveis. Recebiam a nomenclatura de uniões homossexuais de sociedades de fato, restringia-se a Justiça a conferir-lhes resultados de ordem patrimonial. Conseguindo um dos sócios comprovarem sua eficaz participação na obtenção de bens amealhados durante o período de convivência, era determinada a divisão do patrimônio, realizando-se verdadeira divisão de lucros.

A transformação iniciou pela Justiça gaúcha, que, ao oficializar a competência dos juizados especializados da família para analisar as uniões homoafetivas³¹, acabou por incluí-las no campo do Direito de Família, como entidades familiares. Vale lembrar que o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul tem composição diferenciada. A separação de competência por matérias há também no segundo grau de jurisdição entre os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça. Essa característica demonstra o grande sentido do arrasto das ações relativas a uniões de pessoas de idêntico sexo das varas cíveis para os juízos de família. Esse foi o inicial grande marco que motivo para a alteração de orientação da jurisprudência sul-rio-grandense. A demarcação da competência das varas de família para o apreciação das ações envolvendo as uniões homossexuais gerou o envio de todas as ações que tramitavam nas varas cíveis para a jurisdição de família.

Maria Berenice Dias complementa (2008):

[...] é de se louvar a coragem de ousar quando se ultrapassam os tabus que rondam o tema da sexualidade e quando se rompe o preconceito que persegue as entidades familiares homoafetivas. Houve um verdadeiro enfrentamento a toda uma cultura conservadora e uma oposição à jurisprudência ainda apegada a um conceito conservador de família. Essa nova orientação mostra que o Judiciário tomou consciência de sua missão de criar o direito. Não é ignorando certos fatos e deixando determinadas situações a descoberta do manto da juridicidade que se faz justiça. Condenar à invisibilidade é a forma mais cruel de gerar injustiças e fomentar a discriminação, afastando-se o Estado de cumprir com sua obrigação de conduzir o cidadão à felicidade.

³¹RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido. (TJRS – AI 599 075 496, 8ª C.Cív. Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17/6/1999)

Maria Berenice Dias aduz ainda que (2008):

A postura da jurisprudência de juridicizar as relações homoafetivas e inseri-las como entidades familiares no âmbito do Direito das Famílias é um marco significativo. À medida que se consolida a orientação jurisprudencial, emprestando efeitos jurídicos às uniões de pessoas do mesmo sexo, começa a alargar-se o espectro de direitos reconhecidos aos parceiros quando do desfazimento dos vínculos homoafetivos. Inúmeras outras decisões despontam no panorama nacional a mostrar a necessidade de se cristalizar uma orientação que acabe por motivar o legislador a regulamentar situações que não mais podem ficar à margem da tutela jurídica. Consagrar os direitos em regras legais talvez seja a maneira mais eficaz de romper tabus e derrubar preconceitos. Porém, enquanto a lei não vem, é o Judiciário que deve suprir a lacuna legislativa, mas não por meio de julgamentos permeados de preconceitos ou restrições morais de ordem pessoal [...]

Não é mais aceitável deixar de enfrentar a realidade do mundo atualmente. É imprescindível ter um olhar plural das composições familiares e pôr no conceito de família os liames afetivos que, por possuírem mais sentimento do que vontade tem direito a especial assistência que só o Direito das Famílias consegue garantir.

Completa Maria Berenice Dias (2008):

O caminho está aberto, sendo imperioso que os juízes cumpram com sua verdadeira missão: fazer Justiça. Acima de tudo, precisam ter sensibilidade para tratar de temas tão delicados como as relações afetivas, cujas demandas precisam ser julgadas com mais empatia e menos preconceito. Os princípios de justiça, igualdade e humanismo devem presidir as decisões judiciais.

Tem muito tempo caiu a venda que vedava os olhos da Justiça. A alegoria da imparcialidade não pode servir de obstáculo para o reconhecimento de que a diversidade deve ser acatada. Não mais se acolhe coexistir com o convencionalismo e a exclusão.

A Justiça não é deslumbrada nem insensível. Necessita ter os olhos abertos para ver a realidade social, os ouvidos cuidadosos para ouvir o alarido dos que por ela acreditam e a força para proferir o Direito em harmonia com a Justiça.

4 DIFERENÇAS OU DESIGUALDADES, QUANDO A UNIÃO É HOMOAFETIVA

O Estado atribui a si compromentimentos para com os seus cidadãos. Devido a isso elenca a Constituição um rol enorme de direitos individuais e sociais, como maneira de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que a obrigação de garantir o afeto: o primeiro obrigado a garantir o afeto por seus cidadãos é o competente Estado. Ainda que a Constituição tenha laçado o afeto no domínio de sua proteção, o termo afeto não esta no documento constitucional.

Ao serem distinguidas como entidade familiar digna da tutela jurídica as uniões estáveis, que se compõem sem o selo do casamento, exprime que a afetividade, que liga e enlaça duas pessoas, contraiu reconhecimento e inclusão no sistema jurídico. Silvana Maria Carbonera (1999, p. 508) aduz que, “[...] houve a constitucionalidade de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual”.

Paulo Lobo (2011, p. 56) afirma que, “O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e solidariedade derivam da convivência da família, não do sangue.”

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sergio Resende de Barros (2003, p. 149), a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

Jose Lamartine C. de Oliveira e Francisco Jose F. Muniz (2002, p. 11) se manifestaram no sentido de que “A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família.”

Na expressão de Michel Perrot (1993, p. 81), “Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.”

Jose Lamartine C. de Oliveira e Francisco Jose F. Muniz (2002, p. 11) afirmam que:

A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental.

A comunhão do afeto é conflitante com o exemplo único, matrimonializado, da família. “Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas”, aduz Paulo Lobo (2011, p. 41).

No vestígio desse progresso, o direito das famílias construiu uma nova ordem jurídica para a família, conferindo importância jurídica ao afeto. O moderno olhar sobre a sexualidade estimou os liames conjugais, amparando-se no amor e no afeto. Até mesmo a Lei Maria da Penha decide família como uma relação íntima de afeto (Lei 11.340/06, 5.º II³²)

Como diz João Baptista Villela (1994, p. 645):

[...] as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar receber amor.

Quase intuitivamente a família é assinalada unicamente como a relação entre um homem e uma mulher desenvolvida pelos sagrados laços do matrimônio. É tão enraizada essa ideia que a Constituição, ao afirmar abrigo especial à família e ao casamento, coisa nenhuma diz sobre a diferença do sexo do par. O Código Civil, quando aborda o casamento, não estabelece que o casal seja constituído por pessoas de sexo diverso. Deste modo, na falta de vedação constitucional ou legal, não há obstáculo ao casamento homossexual.

Ocorre que a homossexualidade segue a história do homem. Tem-se conhecimento da sua vivência desde os primórdios dos tempos gregos. Não é uma enfermidade nem um vício, nem um delito e nem pecado. Além disso, não é um contágio, nada explicando o problema que as pessoas têm de coexistir com homossexuais. É meramente uma distinta maneira de viver. Não se tem conhecimento da origem.

Na verdade, não importa isso, pois, quando se procuram motivos, parece que se está atrás de um medicamento, de uma terapia para descobrir cura para determinado mal. Tanto é que a orientação homossexual não é uma enfermidade que, na Classificação Internacional das Doenças – CID está colocada no capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. O termo “homossexualismo” foi trocado por homossexualidade, porque o sufixo “ismo” expressa doença, enquanto o sufixo “dade” descreve modo de ser.

³² 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: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015) [...]

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;

4.1 O que diz a legislação

Como de forma ilustre explica Maria Berenice Dias (2002):

[...] depois de tramitar por 27 anos, e apesar de muitas contestações, no dia 10 de janeiro de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil, substituindo a legislação anterior, que datava de 1916. Este estatuto já nasce superado, pois foi elaborado antes da aprovação da Lei do Divórcio (que é do ano de 1977) e da Constituição Federal (promulgada em 1988), dois grandes marcos que produziram verdadeira revolução no âmbito do Direito de Família.

Deste modo, é de todo descabido ter o novo Código Civil calado sobre os vínculos que não se determinam pela contenda do sexo do par. Como há vários anos tramita projeto de lei que procura introduzir no âmbito jurídico a chamada “parceria civil registrada”, não se explica sua supressão do estatuto civil.

Nenhum óbice constitucional há, como alimenta a justificativa do novo Código, para identificar tais relações como entidade familiar. Descreve o art. 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. Porém, a Carta Constitucional não fala que não é entidade familiar o vínculo entre duas mulheres ou dois homens. Aproximadamente se pode assegurar que não existiu a deliberação de que a lei deva promover a conversão dessas uniões em casamento. Já que possuindo o relacionamento as peculiares características de uma entidade familiar, ainda que com distinta forma, cogente é emprestar-lhe juridicidade.

Ocorre que se está procurando corrigir essa supressão, claramente preconceituosa, por meio de projeto de lei retificativo. Apenas assim se estará oferecendo eficácia social à garantia constitucional de igualdade, alicerce do estado democrático de direito e desígnio da liberdade individual.

Maria Berenice dias (2013, p. 162-163) aduz que:

A possibilidade de converter a união estável em casamento é assegurada constitucionalmente (CF 226 § 3.º). De forma singela, a lei civil (CC 1.726) limita-se a dizer que o pedido deve ser formulado em juízo, com posterior assento no registro civil. A existência de intervenção judicial afronta a própria recomendação constitucional de que seja facilitada a conversão da união estável em casamento. Ora, a necessidade de processo judicial, que implica contratação de advogado, pagamento de custas e, quem sabe, até produção de provas, é fator complicador. Por isso alguns Estados regulamentam o procedimento em sede administrativa.

Paulo Lobo (2011, p. 95) afirmou que:

A Constituição, rastreando os fatos da vida, deixou de emprestar especial proteção somente ao casamento. Trouxe o conceito de entidade familiar, reconhecendo a existência de relações afetivas fora do casamento (CF 226). Assim, emprestou especial proteção à união estável entre homem e mulher e às famílias monoparentais, formadas por um dos pais e sua prole. Esse elenco, no entanto, não esgota as formas de convívio merecedores de tutela. Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.

Não se pode fechar os olhos e deixar de reconhecer que relacionamentos, ainda que sem a diferença de sexos, acolhem a tais pré-requisitos. Por terem raiz em um vínculo afetivo, carecem ser identificados como entidade familiar, a terem direito a tutela judicial.

Conforme Paulo Lobo, na “Constituição atual não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorria com as Constituições brasileiras anteriores (Constituição Federal de 1967-1969, art. 175).”

Ainda segundo Paulo Lobo (2011, p. 95):

Com isso esta sob a tutela constitucional a “família”, ou seja, qualquer família. E conclui de modo enfático: a interpretação de uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos. A referência constitucional é norma de inclusão, que não permite deixar ao desabrigo do conceito de família, que dispõe de um conceito plural, a entidade família homoafetiva.

E, na existência de regra restritiva, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu no sentido de ser adotada a união estável homoafetiva.³³

Eduardo Bittar (2009, p. 298) afirma que o respeito à dignidade humana é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive. Assim, se há de se postular por um sentido de mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças, distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana.

³³Ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva. Possibilidade. Preenchimento dos requisitos legais [...] Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam convivência pública, duradoura e contínua, sem contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressões 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, AC 1.0702.10.003716-8/002, 5.ª C. Cív., Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, p. 19/10/2012)

Como bem coloca Maria Berenice Dias (2013, p. 207):

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 garantias fundamentais, proclama (CF 5.º): *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. Esses valores implicam dotar os princípios da liberdade e da igualdade de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. (grifo da autora)

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), que apresenta o conceito legal de família, deposita no sistema jurídico também as uniões homoafetivas, constituídas por duas mulheres ou dois homens, todas como entidade familiar. Não obstante que a lei tenha por escopo resguardar a mulher acabou por provar um moderno conceito de família, independentemente do sexo dos companheiros. Pronuncia o seu art. 2.º: *Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana*. O parágrafo único do art. 5.º copia que independem de orientação sexual todas as ocasiões que compõem violência familiar e doméstica.

O preconceito tem enorme repercussão. Como é assegurada proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico isso quer dizer que as uniões de pessoas do mesmo sexo são entidades familiares, nas palavras de Maria Berenice Dias (2013, p. 37) a lei Maria da penha na justiça. Como diz o oportuno nome, violência doméstica é violência que acontece no seio de uma família.

Ampliado pela Lei Maria da Penha, o conceito de família foi abrangendo as uniões homoafetivas. Na seara infraconstitucional, pela primitiva vez foi aproveitada, a ideia de que a família é instituída por anseio dos seus próprios membros, e não por determinação de lei.

Portanto, se a família é a aderência entre duas mulheres, também é família a união entre dois homens. Ainda que eles não se entendam ao abrigo da Lei Maria da Penha, para todos os diversos fins aplica-se esta importância. Basta avocar o princípio da igualdade. A entidade familiar ultrapassa a abrangência da previsão legal para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o item afeto.

Sem distinguir sua orientação sexual, ao ser assegurado que está sob o abrigo da lei a mulher, encontra-se garantida proteção tanto às lésbicas como às transexuais, às travestis e aos transgêneros que alimentam relação íntima de afeto em atmosfera de convívio ou familiar.

Justificam especial proteção em todos esses relacionamentos onde existam conjunturas de violência contra o gênero feminino.

Originada pela Lei Maria da Penha, a partir do novo sentido de entidade familiar, não mais cabe interrogar a natureza dos vínculos desenvolvidos por pessoas do mesmo sexo. Existe uma inovação na regulamentação legislativa da família. Ninguém pode permanecer sustentando que, diante da omissão legislativa, não é aceitável emprestar-lhes efeitos jurídicos.

O progresso é expressivo, tendo em vista que coloca um ponto final à discussão que entretém a doutrina e reparte os tribunais. A força da nova lei é imediata, passando as uniões homossexuais a fazer jus a especial amparo do Estado (CF, art. 226³⁴). Não incumbe sequer prosseguir falando de sociedade de fato, saída de conotação claramente preconceituosa, pois nega o elemento de natureza sexual e afetiva dos vínculos homossexuais, além de recusar vigência à lei federal.

De forma ilustre, coloca Maria Berenice Dias (2013, p. 216):

[...] em face da normatização levada a efeito, restam completamente esvaziados os projetos de lei em tramitação e que visam a regulamentar a união civil ou a parceria civil registrada. Esses projetos perderam o objetivo, uma vez que há lei conceituando entidade familiar, não importando a orientação sexual de seus partícipes.

Ante as garantias constitucionais que garantem o Estado Democrático de Direito, impositiva a inserção de todos os cidadãos sob o véu da tutela jurídica. A constitucionalização da família insinua garantir amparo individual em suas composições de convivência, independentemente de sua orientação sexual.

Como todos os segmentos alvo de discriminação, as relações homossexuais sujeitam-se à deficiência de normação jurídica, sendo deixadas à margem da sociedade. Em virtude do preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. Mas imperativa sua inclusão no rol dos direitos humanos fundamentais, como expressão de um direito subjetivo que se insere em todas as suas categorias, pois ao mesmo tempo é direito individual, social e difuso, como coloca Maria Berenice Dias (2002).

Ainda que se tenha omitido o legislador de referir as uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casados fossem, formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que

³⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

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. Tal circunstância, por óbvio, não serve de fundamento para a diferenciação levada a efeito. A capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a uma entidade familiar, como bem apregoa Maria Berenice Dias (2013, p. 208).

De outro lado, o argumento de que o legislador constitucional impôs à união estável o requisito da diversidade de sexo é insuficiente para concluir que vínculos homoafetivos devam ser ignorados ou não possam ser protegidos. A diversidade de sexo e a capacidade procriativa não são elementos essenciais para se reconhecer a entidade familiar como merecedora da especial tutela do Estado, completa Maria Berenice dias (2002).

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “o único Projeto de Lei, entre os vários já apresentados, em tramitação é o de nº 1.151/95. O substitutivo aprovado trocou o nome de união civil para parceria registrada, para não haver a possibilidade de ser confundida com o casamento”³⁵

Como bem explica a autora Maria Berenice Dias (2002):

[...] a proposta legiferante é autorizar a elaboração de um contrato escrito, a ser registrado em livro próprio no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais. Conforme a própria justificativa do Projeto, o propósito não é dar às parcerias homossexuais status igual ao do casamento, é: *conceder amparo às pessoas que o firmam, priorizando a garantia dos direitos de cidadania.* (grifo da autora)

Essa experiência de regulamentação garante importância às uniões de pessoas do mesmo sexo. Embora não implique a existência de uma envoltura de caráter sexual entre os companheiros, objetiva resguardar as relações homossexuais. Permite a afirmação de um vínculo jurídico causador de resultados não só patrimoniais, porém também pessoais, não podendo ser emoldurado apenas no campo dos direitos obrigacionais.

Clara é o caráter familiar do instituto. Basta notar que apenas pessoas viúvas, solteiras ou divorciadas têm a probabilidade de consolidar o contrato, mediante público instrumento a ser submetido a registro cartorário. Não é permitida a alteração de sobrenome em consequência da assinatura do pacto. Há o empecilho de alteração do estado civil dos companheiros durante sua validade, e é reconhecida a nulidade de pleno direito do contrato assinado com mais de uma pessoa. Em ambas as suposições, a infração conforma o delito de falsidade ideológica, sujeito a pena de um a cinco anos de reclusão.

³⁵O texto do projeto e do substitutivo encontram-se na obra “União Homossexual: o preconceito e a justiça”, da mesma autora, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

De forma completa, relata Maria Berenice Dias (2002):

[...] é livre a possibilidade de estipulações de ordem patrimonial, inclusive com efeito retroativo. Cabível é a imposição de deveres, impedimentos e obrigações mútuas, mas é expressamente vedada qualquer disposição sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Direitos sucessórios e previdenciários são garantidos aos contratantes com algumas exceções. O parceiro sobrevivente tem direito de usufruto, previsão que dispõe de finalidade alimentar e caráter protetivo. Destarte, não se explica a ausência de regulamentação de alimentos, já que é garantido amparo por morte, e não no caso de quebra da relação. Contudo, não há qualquer obstáculo de se prever obrigação alimentar entre as disposições do pacto.

O Projeto de Lei também conhece o direito à meação se os bens deixados pelo autor da herança derivarem de atividade em que haja o auxílio do parceiro. Trata-se de dispositivo pouco objetivo. Determina prova do empenho comum, mas obriga a divisão paritária dos bens. Em seguida, o direito do parceiro domina sobre o direito dos descendentes e ascendentes, porque abate destes o direito ao uso dos bens. Enquanto o parceiro sobrevivente não assina novo pacto, é garantido o direito ao usufruto de um quarto dos bens, se houver filhos do de cujus, e da metade, ainda que sobrevivam ascendentes. É assegurado o direito à toda a herança na inexistência de ascendentes ou descendentes.

Tem o parceiro prioridade aos familiares para o exercício da curatela. São garantidos o direito de nacionalidade em caso de estrangeiros e a impenhorabilidade da residência comum. Também existe a probabilidade de sugestão do par na declaração do imposto de renda, sendo que os rendimentos de ambos podem participar na composição para aluguel de imóvel ou compra.

A fim da parceria se dá por morte ou por decreto judicial, em ocorrendo infração do contrato ou simples alegação de desinteresse de um dos contratantes. Mesmo existindo acordo entre os parceiros, a homologação do distrato em juízo é indispensável. Referida cobrança não tem qualquer justificativa, uma vez que nas relações extramatrimoniais, denominadas de uniões estáveis, é supérfluo a interferência judicial para sua extinção. Apenas para acabar o casamento é que os membros devem procurar a chancela do Poder Judiciário.

Ainda que seja considerado acanhado, o Projeto, diante das melhorias legislativas de outros países, por diversas vezes, foi ajustado para votação, contudo jamais chegou a ser contemplado. De qualquer maneira, tem raras oportunidades de ter direito a imediata aceitação. Embora os movimentos denominados GLBTS, gays, lésbicas, bissexuais,

trangêneros e simpatizantes, estarem muito proferidos e ativos, as forças conservadoras do Congresso Nacional, às quais se coligam todas as frações religiosas, compõem uma barreira quase inabalável. Afigura-se, portanto, distante a probabilidade de o Brasil dispor de alguma legislação que ajuste os relacionamentos apresentados ainda como “marginais”.

O que tem aumentado são leis em plano municipal, procurando a diminuição de atos discriminatórios. Determinadas Constituições dos Estados vêm implantando em seus escritos a livre orientação sexual no apontamento dos direitos fundamentais

4.2 O que acontece nos casos concretos

Na moderna visão de Maria Berenice Dias (2013, p. 208), a omissão do legislador leva ao surgimento de um círculo perverso. O mesmo preconceito faz com que o judiciário tenha enorme dificuldade em identificar as uniões homoafetivas como entidade familiar. Diante da inexistência de lei, a Justiça rejeita a prestação jurisdicional. Sob a justificativa de que não há uma regra jurídica, negam-se direitos. Confunde-se carência legislativa com inexistência de direito. Porém a própria lei reconhece a existência de lacunas no sistema legal, o que não autoriza o juiz a ser omissor.

Embora quando o direito se acha envolto em uma auréola de convencionalismo, o juiz não pode ter receio de fazer justiça. O cargo judicial é asseverar direitos, e não eliminá-los pelo simples fato de definidas posturas se apartarem do que se acordou chamar de “corretas”. Vivenciar uma circunstância não contida na legislação não constitui viver à margem da lei. Muito menos a supressão legal quer dizer falta de direito. Nada explica a vedação de entrada à Justiça. A ausência de lei não pode evitar a procura da tutela jurídica. A ocasião de inexistir legislação que aprecie os direitos emergentes das relações homossexuais não tem atrapalhado que alguns assuntos ancorem no Judiciário. O problema de se reconhecer a existência de um vínculo afetivo como alicerce das aspirações subtraídas em juízo tem levado à concessão de limitados direitos e ao deferimento de raros benefícios, e isso em um aspecto muito adstrito.

Maria Berenice Dias (2013, p. 208) continua afirmando que:

A determinação é que julgue (LINDB 4.º e CPC 126): *quando a lei for omissa, o juiz decidirá*. Inclusive lhe são apontadas as ferramentas a serem utilizadas: analogia, costumes e princípios gerais do direito. O julgador não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Não pode se pronunciar um *non liquet* (não há lei), abstenendo-se de julgar alegando que não encontrou a solução para o litígio. Também o art. 5.º da LINDB indica um rumo para o juiz: deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum.

A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais, conforme diz Zeno Veloso (2005, p. 92) comentários a lei de introdução ao CC

Não há nada como o juiz fugir da analogia com as demais relações que têm o afeto por causa e, assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar em nada diferente do casamento e da união estável. O óbice constitucional, estabelecendo a distinção de sexos ao definir a união estável, não impede o uso dessa forma integrativo 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, coloca Maria Berenice Dias (2013, p. 209) de forma brilhante.

Segundo Ana Carla Harmatiuk Matos (2004, p. 145): união entre pessoas do mesmo sexo

[...] ao fazer uso dos princípios gerais de direito, o aplicador deve se basear nos princípios introduzidos pela Constituição como norteadores do Estado Democrático de Direito. Assim, necessita se socorrer dos princípios constitucionais que impõem o respeito e a dignidade e asseguram o direito à liberdade e à igualdade. O ordenamento jurídico estrutura-se em torno de certos valores, muitos dos quais estão postos em sede de princípios constitucionais, que também devem informar a interpretação da legislação específica numa leitura incorporada pelos reclamos da atualidade histórica.

A denegação de justiça agride direitos fundamentais, complementa Zeno Veloso (2005, p. 55). “Igualmente, quando é necessário invocar os costumes para colmatar as lacunas da lei, imperioso atentar aos costumes atuais, que, cada vez mais, vêm emprestando visibilidade aos relacionamentos das pessoas do mesmo sexo”, como bem explica Maria Berenice Dias (2002).

Sempre que o juiz recusa determinado direito sob a alegação de inexistir lei, desobedece a própria lei e deixa de exercer com a sua obrigação. Não se pode deixar de imaginar, nessa atitude omissiva, límpida intenção punitiva, o que acaba causando injustiças e dando motivo a enriquecimento sem causa. Não lhe compete ponderar as escolhas de vida das partes e chegar a saldo que se aparte da ética. Necessita cingir-se a analisar os assuntos que lhe são postos, precisando centrar-se, unicamente, na apuração dos acontecimentos para localizar solução justa.

Conforme a lição de Rainer Czajkiwski (1995, p. 107):

Nem a ausência de leis, nem a omissão do Judiciário podem levar à exclusão da tutela jurídica. Preconceitos de ordem moral não devem servir de justificativa para alijar direitos. É descabido negar proteção e subtrair direitos a quem vive fora dos padrões sociais e busca direito não previsto em norma legal expressa. Inviável uma valoração tão somente moral, porque a convicção subjetiva de cada um, além de ser mutável, não se baseia em critérios uniformes da opinião pública. Qualquer construção jurídica que se pretenda fazer supostamente científica não se compadece com tal subjetivismo. Na medida em que o relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque essa última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil.

Na perfeita colocação de Maria Berenice Dias (2002):

[...] descabe continuar pensando com preconceitos, isto é, com conceitos preestabelecidos e que ainda se encontram encharcados de conservadorismo. É necessário pensar com conceitos jurídicos, e para isso é necessário pensar novos conceitos. Daí a missão fundamental da jurisprudência. Necessita o juiz desempenhar seu papel de agente transformador de conceitos estagnados, tal como ocorreu com a união estável heterossexual. A alteração do conceito social das chamadas relações concubinárias foi provocada pelos operadores do Direito. Quando passou a Justiça a extrair conseqüências jurídicas dos relacionamentos extramatrimoniais, isso as fez serem reconhecidas como entidade familiar em sede constitucional.

Ou seja, até que o legislador pátrio adote o caminho da Justiça e surpreenda o descaso do Estado em regulamentar tais vínculos, que tem direito a uma regulamentação adequada, é do Poder Judiciário o encargo.

Embora tenha vindo a Constituição, com aparências de modernidade, conceder abrigo à família, independentemente da celebração do casamento, permaneceram desconhecidas as entidades familiares constituídas por pessoas de igual sexo. Contudo, não mais se distingue a família pelo acontecimento do casamento. A existência de um casal heterossexual não é condição essencial para que o convívio faça jus ao reconhecimento como entidade familiar. Basta lembrar que o amparo constitucional é concedido igualmente às famílias monoparentais. Logo, nem a família nem a disposição procriativa são requisitos para que a coexistência de duas pessoas garanta a proteção jurídica. Devido tais embasamentos, é descabido aceitar fora do conceito de família as relações homoafetivas.

Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, laços afetivos, mister conceder aos casais homossexuais os mesmos direitos deferidos às uniões heterossexuais que tenham idênticas características. Diante da lacuna da lei, deve o julgador se socorrer do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da analogia, dos costumes e princípios gerais de direito. Ante a falta de normatização, só pode ser feita analogia com as

demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e a união estável, no pensamento de Maria Berenice Dias (2002).

Enquanto a lei não segue a desenvolvimento da sociedade, a transformação de mentalidade, o progresso do conceito de moralidade, nenhuma pessoa, nem os juízes, pode, de maneira discriminatória ou preconceituosa, fechar os olhos a essa moderna realidade e ser fonte de amplas injustiças. Não se podem embaraçar assuntos jurídicos com questões religiosas ou éticas.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2002):

[...] a mesma responsabilidade, outrora, assumiu a Justiça com referência às uniões extraconjugais. Deve agora mostrar igual independência e coragem quanto às uniões homossexuais. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, é imperioso reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: relações hetero e homoafetivas. Ambas fazem jus à mesma proteção. Enquanto não surgir legislação que regule especificamente as uniões homossexuais, é de aplicar-se a legislação pertinente aos vínculos familiares.

A justiça, em um passado não muito remoto, nas poucas vezes em que adotava a existência das uniões homossexuais, conferia-lhes somente finalidade de ordem patrimonial, chamando-as de sociedade fato (CC, art. 981): “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.”Vê-se unicamente um vínculo comercial, e não uma relação afetiva com atributos de uma família. Titular as uniões de pessoas de igual sexo não de união estável, mas sim de sociedade de fato, induz à sua inclusão no direito obrigacional, com conseqüente alijamento do documento protetivo do direito das famílias, o que acabava por apartar os direitos sucessórios.

“Invoca-se a Súmula 380³⁶ do STF enunciado que surgiu com nítido caráter protecionista à mulher, ao determinar a partição dos bens adquiridos durante o período de convivência e, em geral, registrados somente em nome do varão. Essa solução se afigurava aparentemente justa quando ocorria a separação dos conviventes. No entanto, se o fim do relacionamento decorria da morte de um dos parceiros, a injustiça dessa solução era flagrante. Com a separação, cada um recebe metade do patrimônio amealhado durante o período da vida comum. Mas, na hipótese de falecimento, outorgar somente a meação dos bens ao sobrevivente dava ensejo ao enriquecimento sem causa dos parentes que não são herdeiros necessários, nas ilustres palavras de Maria Berenice Dias (2013, p. 2011).

³⁶Sumula 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.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2002), é indispensável que se passe a aceitar que os vínculos homoafetivos configuram uma categoria social que não pode mais ser discriminada ou marginalizada pelo preconceito. Está na hora de o Estado, que se quer democrático e que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade.

Quem ainda batalha em conhecer tais uniões como entidade familiar que ao menos chame a analogia, para aplicar os preceitos de direito das famílias, uma vez que são as que mais se aproximam das uniões homoafetivas, pois têm a mesma procedência: um vínculo afetivo. Coursam o mesmo caminho que induz à comunhão de vida e provocam cargos recíprocos. Imperativo é enfrentar a realidade sem convencionalismo e cultivar o sistema legal que regulamenta a união estável e o casamento. O embaralhamento de existências leva a situação condominial do patrimônio, que carece ser partilhado, sob pena de, por preconceito, serem atentadas assombrosas injustiças. Mister reconhecer que há alteração do estado civil dos companheiros, diante das consequências de caráter patrimonial que derivam da relação. Os bens contraídos durante o período de convivência dizem respeito a ambos, mesmo que em nome de um deles. Presume-se o empenho comum a impor a aplicação do regime da comunhão parcial de bens, exemplo do que ocorre com a união estável (CC, art. 1.725³⁷).

Na excelente colocação de Maria Berenice Dias (2013, p. 210), as ações devem ser distribuídas às varas de família, devendo ser reconhecidos direito a alimentos, bem como direitos sucessórios. A inventariança cabe ser deferida ao companheiro sobrevivente, assegurando-lhe a meação e o direito real de habitação para evitar enormes injustiças. Descabido entregar herança a parentes distantes em detrimento do parceiro. Todos os direitos decorrem exclusivamente do vínculo afetivo, não se justificando a busca de figuras em outros ramos do direito.

Para evitar o enriquecimento sem causa, durante muito tempo a jurisprudência insistiu em reconhecer a existência de mera sociedade de fato. Ou pior, apesar de não se tratar de vínculo empregatício, deferia-se indenização por prestação de serviços, nas palavras de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2001, p. 197).

Ocorre que nenhuma pessoa pode enriquecer-se à custa de outrem, e a justiça não pode aprovar o enriquecimento sem causa dos parentes, em detrimento de quem, cultivou a vida a outrem e participou da constituição do cúmulo de bens.

³⁷Art. 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.

Como compete ao direito regular a vida, impossível não conhecer que o afeto é um apego jurídico digno de tutela. A sociedade não é estatelada e está em constante modificação, sendo que o direito não pode ficar à expectativa da lei. Precisa seguir o andamento social. Como sempre ocorreu, em um aspecto histórico, o acontecimento social antecipa-se ao jurídico e a jurisprudência precede a lei.

Como adverte João Baptista Villela (1994, p. 12): “sexo é sexo, patrimônio é patrimônio. Se, em geral, já é um princípio de sabedoria e prudência não misturá-los, aqui é definitivamente certo que um nada tem a ver com o outro.”

Não mais se desculpa que o amor entre idênticos seja extinto do comando do amparo jurídico, diante da nova definição legal de família, tendo em vista que suas desavenças são conhecidas como violência doméstica.

Já galgaram o status de unidade familiar as uniões homoafetivas. A realidade confirma que a unidade familiar não se resume tão-somente a casais heterossexuais. A legislação somente escolta esse progresso para abrigar que, na carência de manutenção própria, o Estado intervenha para assegurar a integridade física e psíquica dos membros de qualquer estrutura de família.

4.3 Quadro comparativo entre heteronormatividade e homoafetividade, quando a questão é casar

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2000):

Firmando a Constituição a existência de um estado democrático de direito, tendente à realização dos direitos e liberdades fundamentais, vem cada vez mais se desdobrando, pois, dos chamados direitos de primeira geração, em que pontifica o direito à liberdade e à igualdade. Não se pode deixar de situar as questões suscitadas pela sexualidade nos direitos de primeira geração, por dizer precipuamente com o princípio fundamental da isonomia e com a proibição de discriminações injustas. Ante a ampliativa visão dos direitos humanos, chega-se aos de terceira geração, que reconhece os direitos e solidariedade alcançando os direitos coletivos e difusos.

O Direito de Família ganha o influência do Direito Constitucional, sendo que o princípio da igualdade restou por praticar apropriada limpeza nas discriminações que haviam na seara das relações familiares. O centro do presente sistema jurídico que ampara a base do Estado está posto de maneira relevante no inc. III do art. 1º, que é o respeito à dignidade

humana, ocupando uma posição singular no documento constitucional. A grande coluna que serve de alicerce à Constituição é a consagração dos princípios da liberdade e da igualdade.

Determinados enunciados não se podem projetar no vácuo, tendo em vista que não se pode idealizar que a Constituição tenha preceitos programáticos, sendo imperioso reconhecer sua força jurídica, acabando por ancorar no Direito de Família.

Estabelece a Constituição já no inc. I do artigo 5º o princípio da igualdade: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo que o inc. IV do art. 2º estabelece como desígnio basilar do Estado o acesso do bem de todos sem preconceitos de sexo, ou seja, proíbe qualquer discriminação de origem sexual.

O impedimento da discriminação sexual, escolhida como cânone essencial de um estado democrático de direito, abrange a proibição à discriminação à homossexualidade, porque diz com o comportamento afetivo da pessoa, o direito à orientação sexual.

Orientação sexual é a identidade pessoal com alguém de posto oposto, do mesmo sexo, de ambos ou de nenhum sexo. A identificação da orientação sexual está dependente à identificação do sexo da pessoa selecionada, em relação à pessoa que escolhe, e tal opção não pode ser mira de tratamento diferenciado.

Ilustra Maria Berenice Dias (2000):

Se alguém dirige seu interesse sexual a outra pessoa, ou seja, opta por outrem para manter um vínculo afetivo, está exercendo sua liberdade. O fato de direcionar sua atenção a uma pessoa do mesmo ou de distinto sexo que o seu não pode ser alvo de tratamento discriminatório, pois tal decorreria exclusivamente do sexo da pessoa que faz a escolha e que dispõe da liberdade de optar. O tratamento diferenciado por alguém orientar-se em direção a um ou outro sexo - nada sofrendo se tender a vincular-se a pessoa do sexo oposto ao seu ou recebendo o repúdio social por dirigir seu desejo a pessoa do mesmo sexo - evidencia uma clara discriminação à própria pessoa em função de sua identidade sexual.

Se todos são idênticos diante da lei, sem diferenciação de qualquer caráter, aí está inserida, por evidente, a alternativa sexual que se contenha. Logo, o abrigo contra a discriminação sexual abarca o direito à orientação sexual, uma vez que o sexo da pessoa escolhida (se mulher ou homem) não pode provocar tratamento desigual com relação a quem escolhe, sob pena de estar-se discriminando alguma pessoa pelo sexo que tem: se diferente do da pessoa escolhida ou igual.

Nessa linha de pensamento já se posicionaram as Cortes Supremas dos Estados Unidos, Havaí e do Canadá: de que a discriminação por orientação sexual configura discriminação sexual, segundo Maria Berenice Dias(2000).

Qualquer discriminação fundada na orientação sexual do sujeito configura evidente desrespeito à dignidade humana, a desobedecer o princípio maior imposto pela Constituição Federal, não se podendo dimensionar a eficácia jurídica da escolha da dignidade humana como um dos alicerces do estado democrático de direito. Injustos preconceitos não podem regularizar advertências de direitos servindo de fortalecimento a estigmas sociais e acarretando aflição a muitos seres humanos.

Continua Maria Berenice Dias (2000):

Também é de lembrar-se a eficácia das normas internacionais recepcionadas por nosso ordenamento jurídico, como preceitua o § 2º do art. 5º da CF de que os direitos e garantias decorrentes dos princípios por ela adotados, ou nos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. É de lembrar-se que a Convenção Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de San Jose, dos quais o Brasil é signatário, servem de fundamento para a ONU, que tem entendido como ilegítima qualquer interferência na vida privada de homossexuais adultos, seja com base no princípio do respeito à dignidade humana, seja pelo princípio da igualdade.

Desta forma, ilógica a seleção de fator discriminante para desequiparação aos direitos concedidos a heterossexuais, o que deriva de discriminação sexual, desrespeito ao princípio da isonomia e inaplicabilidade da disposição constitucional da dignidade humana, bem como de maneira reflexa ao livre-arbítrio sexual e pessoal.

5 CONCLUSÃO

A família é instituição intrínseca ao ser humano, antecedente ao Estado e ao Direito, não sendo exagerado asseverar que esses dois existem em prejuízo dela, e baseados nela. É a essência, o centro da sociedade e o espaço no qual se põe o indivíduo durante toda sua existência, porque o humano continuamente esta em família, ainda que saia da primitiva para formar uma nova no transcorrer de sua vida.

Imperioso reconhecer, todavia, que a significação do instituto ‘família’ não é um conceito adequado e determinado, tendo em vista que não continuou inalterado no derivar da história, pois, ao passo que se mudam os apegos sociais, transformam-se também, os significados do instituto, bem como são diversos os fatores que influem na compreensão. É uma definição que se altera, por exemplo, sob os diversos campos do Direito.

Em relação ao caso da família brasileira, como ela é atualmente, localiza-se seus alicerces na família romana, a qual sofreu interferência pelo modelo grego. Nos dois casos, a disposição familiar era patriarcal, com o pai como chefe da família, detendo todo o poder. As outras pessoas, mãe e filhos, viviam sob sua chefia.

Lá, a família percebia-se como unidade religiosa, política, econômica e, até, jurisdicional. Os bens a ela pertencentes eram administrados pelo pai. A centralização na imagem masculina como chefe de família era de tamanha grandeza, que com a morte do pai, seria seu primogênito, e não sua genitora, que tomaria o comando, ou, na falta desses, outros homens ligados ao mesmo grupo.

Não obstante com o decorrer dos anos a mulher tenha alcançado determinada autonomia, a força do pai tenha passado por intervenção estatal e o instituto do divórcio tenha aparecido, prevalecia ainda uma sociedade demasiadamente machista. É de se conhecer, então, o legado que deixar passar Roma para o Ocidente, contido neste o Brasil, tendo em vista a imagem do chefe de família existente ainda.

Com isso, com a inconstância de Roma e ao aumento da Igreja católica, o Direito passou a ser dito pela crença religiosa durante toda a Idade Média, durando intensamente até o Século XX.

O Direito Canônico era completamente contrário à dissolução do casamento, porque àquela união feita diante da Igreja derivava de Deus, e não competia aos homens dar um fim nelas. Desta forma, esse olhar decorre da corrente expansionista da Igreja, sob a qual o homem e a mulher precisariam se deparar, e por meio da união, necessitariam eternizar a

família, com o maior número de filhos prováveis, e seriam todos batizados na presença dos mandamentos católicos.

Deste pensamento, provém também a marginalização da homoafetividade. Se a finalidade era aumentar o número de fiéis, por que não adicionar aos ideais da Igreja a censura a um feitiço de união da qual não se forneceria novos católicos? As infâmias difundidas a partir desse período no que diz respeito à homossexualidade persistem até os dias atuais, bem como o patriarcalismo e a macheza.

A partir dessa visão há de se expor que presentemente, formatos de família que saia dos alicerces uniformizados em Roma aguentam marginalizações e preconceitos dentro da sociedade e, incrivelmente, do Direito.

Ainda que o exemplo estabelecido no decorrer da história demonstre-se em declínio, a família brasileira ainda é predominantemente patriarcal. Acontece porem, que a chegada da Constituição Federal veio mudar o Direito de Família.

A Lei Maior representou um termo histórico no Brasil. Conduzida pelo princípio da Igualdade entre homens e mulheres e da Dignidade da Pessoa Humana, a Constituição Federal de 1988 tornou a família plural, eliminou diferenças na filiação, e dissolveu o padrão patriarcalista existentes nos códigos vigentes à época. No art. 226, ergueu a união estável à qualidade de família e equiparou o casamento civil ao religioso, em nítida rescisão com os ideais do Direito Canônico, bem como constitucionalizou a possibilidade de divórcio, tendo em vista que já havia lei que abordasse do instituto, na época.

Nessa seara, instituiu ainda o maior guia do Direito de Família hoje em dia: o afeto. Esse campo do Direito vem tentando evidenciar uma vontade de excepcionar o anseio do ser humano em prejuízo do formalismo intransigente das instituições, no caso brasileiro, da Igreja, dando espaço ao livre-arbítrio do sujeito e sua concretização afetiva, bem como de sua prosperidade e felicidade.

O desenvolvimento na conceituação de família ocasiona na sociedade uma contenda há tempos existente acerca das novas configurações de família, as quais sempre levadas à invisibilidade, dentre as quais se enfatiza nesse estudo: a homoafetiva. A ‘revolução’ familiar trouxe à sociedade padrões que, mesmo que sempre tenha havido, permanecem vistos com dificuldade e preconceito.

A família homoafetiva é a forma familiar sobre a qual advém mais preconceito, apesar de que se tenha notícia da homossexualidade desde os tempos primórdios do ser humano, sendo a definição largamente popular. Apesar de que seja uma realidade latente, e até componha um apontador de análise de desenvolvimento de um país, o regulamento brasileiro

persiste em continuar silencioso sobre o assunto. Não se acha amparo legal na Constituição Federal nem na legislação infraconstitucional. Todavia, se diz que, ainda que não ache previsão legal, igualmente não localiza restrições, ao oposto do que existia em legislações passadas. Devido o preconceito e visões superadas, a homossexualidade aguenta ataques no sentido de lhe arrancar do campo jurídico; enquanto a sociedade grita por igualdade, tanto discrimina em relação a homoafetividade. Os casais de mesmo sexo são abandonados ao relento da explanação dos juristas, que, poucas vezes, asseguram os direitos basilares dessa parcela da população.

Se a Constituição Federal assegura ao indivíduo a liberdade de compor família, lhe assegura também isonomia, e tendo em vista a definição de família ser baseada pelo afeto, sua família precisa ser o que almeja, sem intromissão do Estado ou ainda da sociedade. O que, contudo, não ocorre.

A Carta Magna do povo aborda sobre a guerra contra o preconceito, elucidando, até mesmo, o de origem sexista. Apesar de o aludido dispositivo ilustrar esse modelo nacional, a lei infraconstitucional foge para não amparar a minoria aqui abordada, mesmo diante da sua condição fraca perante o resto da sociedade.

Instrumento tão eficaz de Controle Social, o Direito, vem sendo empregado à luz de ideologias discordantes da seguida pela Constituição Federal. São deixados de lado os valores de afeto que compõem a família, e o predicado do pluralismo familiar, bem como dos modelos em crescimento são esquecidos, sem amparo legislativo.

A opção de cada um merece ser abarcada pelos âmbitos social e jurídico, não tendo somente a certeza da não intervenção do Estado na escolha, assim como a segurança afiançada estatalmente de que essas não sejam mira de preconceito, tratamento rude ou discriminação pela escolha da liberdade.

Conclui-se então, que não obstante a Constituição Federal trate de benefício a respeito das novas linhagens familiares, o ordenamento é largamente frágil nesse aspecto, o que acaba por transferir à jurisprudência e a doutrina uma função fundamental na defesa dessa minoria familiar. A legislação precisaria continuar com as alterações sociais, fornecendo a todas as formas de famílias os direitos da família matrimonial/patriarcal, tendo em vista que a Constituição ordena a obrigação de resguardar a família sem discriminações. O preconceito não pode ser maior que a Dignidade da Pessoa Humana, do que a Liberdade e do que a Igualdade, ao contrário, deve ser rebatido.

Para findar, incumbe citar neste estudo a máxima de que não é o Direito que inventa a realidade, mas sim o contrário, e se o Direito não se amolda a ela corre o risco de ficar ultrapassado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direitos de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALMEIDA, Maria Cristina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

ARAÚJO. M. de F. (1993) **Família Igualitária ou Democrática?** As transformações atuais da família no Brasil. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

_____. (1999) **Casamento e Sexualidade**. A revisão dos mitos na perspectiva de gênero. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé. A “despenalização” do direito das famílias. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Assiel Henrique de (coords.). **Família e jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do bem de família**: com comentários à Lei 8.009/90. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROS, Sergio Resende de. **A ideologia do afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 14, p; 5-10, jul.-set. 2002.

_____. Direitos humanos a família: dos fundamentos aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1941.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre Beraldo. O conceito hiperbólico, existenciário e potestativo de família. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 30. p. 108-122, out.-nov. 2012.

BRASIL, **Lei n. 10.406/2002**, institui o Código Civil. Publicada no Diário Oficial da União, de 11 de janeiro de 2002.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CAHALI, Francisco José. **Contrato de sobrevivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COLARES, Marcos. **A sedução de ser feliz**: uma análise sociojurídica dos casamentos e separações. Brasília: Letraviva, 2000.

CZAJKOWSKI, Rainer. **“Reflexos jurídicos das uniões homossexuais”**. Jurisprudência brasileira, Editora Juruá, Curitiba, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Família Homoafetiva**. 2008. Disponível em: <https://cdn.fsbx.com/hphotos-xaf1/v/t59.2708-21/11392718_10204356653782710_1438437248_n.pdf/familia-homoafetiva_Dias.pdf?oh=bfdb5b7f8531a784be2cdea6ac84dbb3&oe=5640DB4A&dl=1> Acesso em: 25 out. 2015.

_____. **União homossexual**, o preconceito e a Justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Homoafetividade**: o que diz a Justiça! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Manual do direito das famílias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo, Ed. RT, 2013.

_____. **União homossexual** - aspectos sociais e jurídicos. 2000. Disponível em: <https://cdn.fsbx.com/hphotosxpa1/v/t59.270821/11253547_10204356653102693_348129735_n.pdf/casamento-2.pdf?oh=acc639ffd3aabe4f19893f038bb9a62e&oe=563C98DF&dl=1> Acesso em: 24 out. 2015.

_____. **Unões homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver**. 2002. Disponível em: <https://cdn.fsbx.com/hphotos-xat1/v/t59.2708-21/11207532_10204356650702633_1055458521_n.pdf/12_-_unies_homoafetivas_-_uma_realidade_que_o_brasil_insiste_em_no_ver.pdf?oh=99587578babc209f3ae75ea34f4a1a7d&oe=5640A122&dl=1> Acesso em: 25 out. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Do parentesco e da filiação. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Família hoje. In: BARRETO, Vicente. (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Da paternidade, relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Redesenhando os contornos da dissolução do casamento** (casar e permanecer casado). Rio de Janeiro, Lúmen Júris, Ibdfam, 2004.

FIUZA, C. A. C. **Mudança de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo**. In: II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2000, Belo Horizonte. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Alimentos e direito penal: o abandono material. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Direito de família brasileiro.** Introdução: Abordagem sob a perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Direito das famílias e o novo Código Civil.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GIDDENS, A. (1993) **A transformação da Intimidade.** Sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora Unesp.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Anatureza jurídica da relação homoerótica.** Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 88, t. 1. dez. 2002.

GROENINGA, Giselle. O secreto dos afetos: a mentira. *Boletim do IBDFAM*, n. 19, mar./abr. 1993.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Família e casamento em evolução, direito civil:** estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Família e casamento em evolução.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.1, p.7-17, abr.-jun. 1999.

_____. **Direito civil:** estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Horizonte: Del Rey, 2003.

KEHL, Maria Rita. Em defesa da família tentacular. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e psicanálise.** São Paulo: Imago, 2003.

LÔBO, Paulo. Despatrimonialização do direito de família. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.** São Luiz: TJMA, v. 5, n. 2, p. 29-40, jul.-dez. 2011.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Anais do III Congresso Brasileiro de Direitos de Família**. Família e cidadania. O novo CCB e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2002, Belo Horizonte. Família e cidadania: o novo ccb e a *vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MONTEIRO, Whashington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 1960. vol. 2.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalista do direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: IBDFAM/OAB-MG/Del Rey, 2000. p. 39-52.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

_____. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. **Curso de direito de família**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalista**. 3. Ed. Belo

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Direito de famílias**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tania da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice Dias; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Revista Veja 25 anos**: reflexões para o futuro, São Paulo, Abril, 1993.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Ed, RT, 1974. t. I, VII, XVIII e IX.

RIOS, Roger Raupp. **Direitos fundamentais e orientação sexual**: o direito brasileiro e a homossexualidade. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 6, dez. 1998.

_____. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **Amante virtual**: (in)conseqüências no direito de família e penal. Florianópolis: Habitus, 2001.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **União estável**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUANNES, Aduino. **As uniões homossexuais e a Lei 9.278/96**. *COAD*, out./nov. 1999.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil aplicado ao direito de família**. São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos de Oliveira (orgs.). **Problemas no direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direito brasileiro da filiação e paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Comentários à Lei de introdução ao Código Civil: artigos 1º a 6º**. Belém: UNAMA, 2005.

VENOSA, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2012

VENTURELLI, Camila de Camargo Silva. **Força e fragilidade da mulher no direito: *feminist jurisprudence*** (feminismo jurídico) e seus reflexos no direito de família brasileiro.

VILLELA, João Batista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, set. 1994.

_____. **Desbiologização da paternidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 21, 1979.

_____. Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo? **Revista Jurídica Del Rey**, Belo Horizonte, n. 2, p. 11-12, abr. 1998.