

## **INTRODUÇÃO**

O Brasil é um país de combinações, um local de convergência das mais diferentes culturas, diferindo de muitos países que têm uma identidade sociocultural bem delineada com características que os individualizam, de forma que em terras brasileiras o que identifica a cultura brasileira é justamente a grande miscigenação. Como tal, a sociedade brasileira é um misto dos mais diversos valores morais, aspectos éticos e culturais. O multiculturalismo faz parte da gênese brasileira. No entanto, mesmo num país onde os diferentes se encontram por toda parte, o preconceito com os homossexuais é fato que espanta.

As relações homoafetivas, ou seja, as relações conjugais em que duas pessoas do mesmo sexo se unem para compartilhar da vida em comum constituindo uma família, ainda são, para muitos, mito, tabu, e tudo isso reflete na seara jurídica. Mesmo no auge da democracia e do constitucionalismo, o Brasil, em sua Constituição atual, não abarcou expressamente as uniões homoafetivas quando do trato do Direito das Famílias. O mesmo se deu no principal diploma civil, o Código Civil de 2002. Apesar das omissões legislativas mencionadas e com todo o preconceito existente sobre as questões relativas à homoafetividade, elas são um fato social e, como tal, não podem ser relegadas pelo Direito. Pelo contrário, o ordenamento jurídico brasileiro deve tutelar, resguardar e proteger adequadamente os direitos dos envolvidos nas relações homoafetivas.

No âmbito do Direito de Família, legislativamente, a união estável era instituto particular às relações heterossexuais, até paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal. Recentemente, passou-se a decidir, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pela possibilidade de conversão da união estável em matrimônio. As relações homoafetivas vêm causando verdadeira revolução (e progresso) no Direito de Família, fruto dos avanços emanados da doutrina e da jurisprudência atentas para a realidade que nos circunda e para a qual não é possível fechar os olhos.

## **1 ORIGENS HISTÓRICAS E NATUREZAS JURÍDICAS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO**

O casamento é elemento social do qual desfrutam praticamente todas as sociedades, indistintamente, cada uma a sua maneira, amoldando-se aos seus traços culturais. A origem do casamento remonta à existência da sociedade como tal. Todavia, difícil precisar em que ponto

surgiu a ideia de casamento sem adentar em um emaranhado de equívocos e informações imprecisas.

Por tais razões, afigura-se adequado, para o que será discutido, partir dos aspectos relativos ao casamento e à união estável na história do Direito Brasileiro. Discutir a origem do casamento para além disso seria desarrazoado e fugiria dos propósitos aqui pretendidos. A análise dos referidos institutos nos termos propostos tem cunho elucidativo visando demonstrar o quão oblíquo foram os caracteres do matrimônio, bem como da união estável, desde o Direito Brasileiro pré-codificado até o presente.

### 1.1 AS TRÊS ORDENAÇÕES

O Brasil foi, literalmente, dominado por Portugal desde sua colonização até sua independência. Durante o período de mais de três séculos onde possuía o *status* de colônia lusitana, para reger as relações e situações jurídicas em território do então Brasil-Colônia era utilizada a legislação portuguesa. Não poderia ser diferente, vez que não se admitiria que uma colônia construísse um arcabouço legal independente, ato típico de estado soberano, caractere do qual não disfrutava aquela.

Nesse período de pré-codificação, no que concerne ao Direito Civil, os dois complexos jurídicos mais importantes foram as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas, que vieram em substituição. Há também as Ordenações Afonsinas, mas que pouco vigoraram por aqui, sendo rapidamente substituídas pelas Manuelinas. O conjunto formado pelas três era chamado de Ordenações do Reino. As Afonsinas vieram a lume em 1446, pelo Rei Afonso V; as Manuelinas surgiram em 1514, sob ordem de Manuel I; e as Filipinas tiveram seu nascedouro jurídico em 1603, sob a égide de Felipe I de Portugal ou Felipe II da Espanha.<sup>1</sup>

Nas Ordenações Manuelinas, o casamento tem seu ponto fulcral fixado no Livro IV, Título XVII, prevendo que todo homem possa viver com que lhe aprouver. Ressalte-se que tal previsão se encontra em meio a outras disposições sobre contratos, denotando-se assim sua índole contratual naqueles tempos. Curioso notar que esse dispositivo dá margem a interpretação ampliativa, no sentido de que não só o casamento está aí previsto, mas também, em tese, a união estável, sendo bastante ser o homem livre para tal. Previsão semelhante há nas Ordenações Afonsinas, mas já incluindo o *nomen iuris* casamento, prevendo, em seu Livro IV, Título X, que ninguém fosse constrangido a casar contra sua vontade. Esse preceito é importantíssimo, principalmente na época da Monarquia, onde havia inúmeros casamentos

---

<sup>1</sup> Cf. FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 11. ed. revista., atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 73.

forçados, podendo ser considerado um marco na história do direito como autorizativo para liberdade de contrair matrimônio no Brasil. A mesma previsão das Ordenações Manuelinas é repetida nas Ordenações Filipinas, de forma literal.<sup>2</sup>

As Ordenações Filipinas previam que o casamento poderia ser provado por testemunhas, que deporiam que os cônjuges estiveram em casa teúda e manteúda, e em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo quanto baste para presumir-se o matrimônio entre eles. Teixeira de Freitas nota que essa prova testemunhal e de coabitação de casadas não poderia ser admitida depois da aceitação do Concílio Tridentino, que fixava as regras do matrimônio religioso, vigentes no reino de Portugal e no Império Brasileiro. Teria sido uma inadvertência dos compiladores das Ord. Filipinas que transcreveram tais dispositivos da Manoelina promulgada antes do Concílio. O fato da coabitação só podia indicar o concubinato, ou matrimônio clandestino, mas não o matrimônio solene e legal. No Brasil a prova de testemunhas ocorria perante o Juízo Eclesiástico, que deveria fazer o assento ou por ter sido perdido o Livro de Registros ou para suprir a omissão dos párocos.

À margem dos casamentos formalizados com as observâncias dos ditames fixados pelas Ordenações e pela Igreja Católica Apostólica Romana, existiam os concubinatos. Conforme observa Fernando Torres Londoño<sup>3</sup>:

Dessa forma, no Direito Brasileiro pré-codificado regido pelas Três Ordenações, pode-se compreender que havia o casamento religioso, devidamente reconhecido, que realmente produzia seus efeitos jurídicos e, também, o casamento de fato, instituto semelhante ao casamento civil atual, mas que com ele de forma alguma se confundia. A união estável não existia, conquanto houvesse previsão muito ampla que desse margem para sua ocorrência, isso não se dava pelas limitações impostas pela Igreja e por todo o contexto social daquele momento. O concubinato era fortemente repudiado. Note-se, outrossim, o grande atrelamento entre o jurídico e o religioso, ante a ausência de laicidade estatal naqueles tempos.

## 1.2 O DECRETO N.º 181 DE 1890 E A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com a Constituição de 1824, a primeira do Brasil, o país inaugurou sua condição de Estado Constitucional. Nesse texto, as únicas previsões acerca do casamento eram estritamente ligadas à Realeza. Ficou o casamento remetido à infraconstitucionalidade.

---

<sup>2</sup> Cf. GONÇALVES, Antonio Baptista. **Quando os avanços parecem retrocessos**: um estudo comparativo do Código Civil de 2002 e do Código Penal brasileiro com os grandes códigos da história. Barueri, SP: Manole, 2008, pp. 117, 137 e 159.

<sup>3</sup> LONDOÑO, Fernando Torres. **A outra família**: concubinato, igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Edições Loyola, 1999, pp. 100-101.

O Decreto n.º 181 de 1890 sediou um novo marco do casamento no Direito Brasileiro: a previsão de casamento civil. Nesse ponto, importante destacar as afirmações de Valdemar Pereira da Luz<sup>4</sup>, o qual aduz que:

No Brasil, até 1890, somente se celebrava o casamento eclesiástico ou religioso. Assim, todos os registros de casamento, nascimento e morte de pessoas, além do registro de propriedade imóvel, eram efetivados junto às igrejas ou paróquias. Portanto, até essa data, em face da inexigibilidade do casamento civil, o casamento religioso operava todos os efeitos hoje conferidos pelo civil. Somente a partir do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, o Estado passou a exigir o casamento civil.

Anote-se que, no início, foi extremamente difícil conscientizar as pessoas e os próprios sacerdotes de que deviam celebrar o casamento civil antes do religioso, como determinava a lei. Tanto que se fez necessário editar o Decreto n. 521, de 26 de junho de 1890, determinando a penalização do sacerdote que descumprisse a lei.

O que aconteceu foi uma completa inversão de ordem das coisas. O casamento civil não se tornou meramente facultativo, transformou-se, isso sim, em condição *sine qua non* do matrimônio juridicamente reconhecido. O artigo 108 do referido Decreto n.º 181 era muito claro em expressá-lo. Se não houvesse o casamento civil, de nada adiantaria o religioso. Isso se deu por conta do claro intuito de laicidade pretendido na época, na busca da desvinculação total entre Estado e Igreja. Em sentido complementar, Daniel Blikstein<sup>5</sup> destaca que:

Em nosso País, contrariamente à corrente natural de união entre homem e mulher, buscaram-se criar excessivos formalismos em relação ao matrimônio (como pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890), o que encerrou a possibilidade de casamento de fato e de casamento religioso.

Tais caracteres ficaram ainda mais evidentes com o advento da primeira Constituição Republicana do Brasil, também a primeira com noção de laicidade do Estado, ao separar de forma bem clara este da Igreja, em evidente sinal de mudança de rumos. O artigo 72, § 4.º, da Constituição de 1891, previa expressamente que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.<sup>6</sup> Esta previsão foi a precursora em âmbito constitucional no que diz respeito à generalidade do matrimônio, constitucionalizando o instituto de forma geral e não da maneira como se dava no texto constitucional anterior, o qual, como dito, acabou por relegar o trato da matéria de forma detalhada ao âmbito infraconstitucional, o que se deu de

---

<sup>4</sup> LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual de direito de família**. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 13.

<sup>5</sup> BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 38.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

forma adequada com o primeiro Código Civil brasileiro, conquanto, como é cediço, tal arcabouço legal chegasse com certo atraso axiológico em seus institutos.

### 1.3 O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Após marchas e contramarchas em sua elaboração, em 1.º de Janeiro de 1916 veio a lume o primeiro Código Civil do Brasil. A elaboração do *códex* foi comandada pelo jurista Clóvis Beviláqua, tendo um forte cunho científico, típico do positivismo que estava em voga na época, bem como com base de valores do final do século XIX. O casamento foi vastamente tratado no Código de 1916, principalmente a partir de seu artigo 180. Conforme observa Maria Clara Osuna Diaz Falavigna<sup>7</sup>:

Aprendemos que o Código Civil de 1916 refletia a família patriarcal brasileira, basicamente rural, em que o homem, pai, era o chefe de família absoluto, em que as questões relativas ao patrimônio, e a preservação do patrimônio na mesma família eram a base do então estatuto civil; no entanto, no que tange a este modelo de família, não era dominante em território brasileiro até o final do século XIX.

A união estável, mais uma vez, foi marginalizada, não sendo prevista no Código de 1916. As relações fora do casamento eram todas encaradas sobre a ótica do concubinato. A companheira era hostilizada e vista com maus olhos pela legislação. Maria Isabel Pereira da Costa<sup>8</sup> destaca que:

A jurisprudência foi praticamente a única fonte a regular a matéria que, no Código Civil de 1916, só era mencionada para negar-lhe direitos. Talvez o único artigo do referido código que não hostilizava a união fora do casamento fosse o 363, I que permitia o reconhecimento de filho gerado nessa união. Assim, com a evolução da jurisprudência, o esforço comum na formação do patrimônio não se caracterizava tão somente pelo trabalho remunerado ou capital investido, mas também pelo esforço moral de apoio às atividades remuneradas do companheiro. Cabia ao juiz determinar o *quantum* a ser compartilhado entre os companheiros.

O Código Civil de 1916 nasceu em bastante descompasso com a realidade da sociedade brasileira da época em que foi promulgado e entrou em vigor. Valores de meados do século XIX foram transmitidos para a legislação para reger uma sociedade em grandes transformações. Em razão disso, do seu nascedouro até sua revogação total, foi recortado por legislação especial, que tornava o Direito Civil do país um emaranhado de leis, cada vez mais

---

<sup>7</sup> FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. A sociedade brasileira está apta a reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.). **A outra face do poder judiciário**: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, v. 2, 2007, p. 210.

<sup>8</sup> COSTA, Maria Isabel Pereira da. A união estável no novo Código Civil e o Estado Democrático de Direito: análise interpretativa das disposições legais que regulam a matéria. In: SILVA, Kelly Susane Alflen da; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da (Org.). **Temas Fundamentais do Direito**. Canoas: Editora da Ulbra, 2005, p. 219.

complexo e de difícil compreensão pela falta de sistematização. Como se verá adiante, a legislação posterior, conquanto inovadora em alguns aspectos, em muitos permaneceu, de fato, inalterada, sem se adaptar às mudanças ocorridas no plano social.

#### 1.4 DA CONSTITUIÇÃO DE 1934 ATÉ A LEI N.º 6515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977

A indissolubilidade do matrimônio era característica a qual foi dada continuidade por meio da Constituição de 1934, a teor da expressa previsão do artigo 144. Permaneceu o casamento civil como o único com valor jurídico, conforme artigo 146, primeira parte.<sup>9</sup> Já a Constituição de 1937, também chamada de “Polaca”, previu tão somente a indissolubilidade em seu artigo 124, nada dispondo sobre o casamento civil ou religioso.<sup>10</sup>

Na Constituição de 1946, a seu turno, a indissolubilidade também foi mantida, todavia voltou a previsão do casamento civil e, mais que isso, houve o retorno do casamento religioso, mas agora com efeitos civis, desde que respeitadas as formalidades necessárias, conforme artigo 163, §§ 1.º e 2.º.<sup>11</sup> Previsões semelhantes estavam contidas na Constituição de 1967, em seu artigo 167, §§ 1.º, 2.º e 3.º.<sup>12</sup> A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 alterou drasticamente a Constituição de 1967, podendo ser considerada nova constituição. A princípio, as previsões mencionadas da Constituição de 1967 foram deslocadas para o artigo 175, §§ 1.º, 2.º e 3.º.<sup>13</sup>

Por meio da Emenda Constitucional n.º 9, de 1977, pela primeira vez foi prevista a dissolubilidade do casamento no Brasil, com a alteração do artigo 175, § 1.º, que veio a prever a separação judicial por três anos, como requisito.<sup>14</sup> Essa modificação foi uma das grandes evoluções do Direito Brasileiro no que concerne ao casamento, quebrando o dogma da

---

<sup>9</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1934). **Constituição de República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

<sup>10</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

<sup>11</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

<sup>12</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Senado, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

<sup>13</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Diário Oficial da União. Brasília DF, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

<sup>14</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977**. Diário Oficial da União. Brasília DF, 29 jun. 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

indissolubidade do matrimônio, de índole altamente religiosa, o que demonstrava que, mesmo com a laicidade estatal formalmente prevista já no final do século XIX, a base axiológica de natureza católica apostólica romana influía sobre o Direito Brasileiro fortemente. Conforme assevera Valdemar Pereira da Luz<sup>15</sup>:

O divórcio somente ingressou em nosso ordenamento em 28 de junho de 1977, através da Emenda Constitucional n. 9, de autoria do Deputado Nelson Carneiro. Posteriormente, a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), regulou de forma detalhada o instituto do divórcio nos termos da emenda constitucional.

Com as referidas modificações, estavam consolidados no ordenamento jurídico brasileiro o casamento civil, o casamento religioso com efeitos civis e, finalmente, a dissolubilidade do matrimônio. Todavia, a união estável carecia de atenção, vez que todas as situações fora do casamento que implicassem relacionamento afetivo de cunho conjugal eram repelidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, quando não consideradas até mesmo ilícitas até então.

## 1.5 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 ATÉ OS DIAS PRESENTES

Com os trabalhos desenvolvidos pela Assembleia Constituinte patrona da Constituição de 1988, entendeu-se por bem, finalmente, dar trato mais amplo e atrelado à realidade social que vivia a sociedade brasileira, no que concerne à família.

Acerca do casamento, foi mantida a disposição que prevê o casamento civil como regra e o religioso, com efeitos civis, paralelamente como opção, conforme artigo 226, §§ 1.º e 2.º. As grandes mudanças vieram acerca da união estável e da igualdade entre cônjuges. A união estável foi positivada expressamente, pela primeira vez, já em âmbito constitucional, demonstrada assim a preocupação do legislador constituinte em elevar a situação dos companheiros a tal patamar, conforme previsto no artigo 226, § 3.º Mais que isso, a Constituição de 1988 fomenta, através da parte final do dispositivo imediatamente mencionado, a conversão dessa situação jurídica para o casamento. A seu turno, a igualdade entre cônjuges veio prevista no artigo 226, § 4.º, onde é preconizado que os direitos e deveres oriundos da relação conjugal serão exercidos igualmente pelos consortes.<sup>16</sup>

Com inovações em sede constitucional, ocorreu a derrogação de dezenas de dispositivos no Código Civil de 1916, então vigente, o qual previa a chefia da sociedade conjugal pelo

---

<sup>15</sup> LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual de direito de família**. Barueri, SP: Manole, 2009, p. 81.

<sup>16</sup> Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

homem, bem como nada dizia sobre a união estável, mas cuja interpretação levava a se pensar, quase sempre, pela sua repúdia pelo Direito Positivo Brasileiro.

Nos anos de 1990, duas leis buscaram regular a situação da união estável no Direito Brasileiro, a Lei n.º 8971 de 29 de dezembro de 1994<sup>17</sup> e a Lei n.º 9278 de 10 de maio de 1996.<sup>18</sup> Tais legislações nunca foram vistas com bons olhos, por regularem de maneira bastante discriminatória e sobremaneira rígida as situações dos companheiros.

Antiquado e destoante da realidade social para a qual foi construído, o Código Civil de 1916 acabou por ser sucedido pelo Código Civil de 10 de janeiro de 2002, Lei n.º 10406. O casamento foi largamente abordado a partir do artigo 1511 e seguintes. Todavia, à união estável foram dedicados, especificamente, somente cinco artigos, disciplina que começa no artigo 1723 e termina no 1727, no que diz respeito ao Direito de Família estritamente interpretado.

De todo o exposto, é possível tirar algumas breves conclusões. A primeira delas é que o instituto do casamento é fortemente atrelado aos valores religiosos, o que pode ser facilmente notado através da análise histórica feita. Um segundo fator é que o casamento sempre foi uma instituição com grande ingerência estatal no Brasil, haja vista a delineação rigorosa que é dada ao mesmo pela legislação pátria. Não menos importante, em terceiro lugar pode ser notado que a união estável surgiu de uma situação de fato que, inicialmente, era seriamente repelida pelo Direito Brasileiro, entendida como concubinato quase sempre, mas que passou a ser admitida paulatinamente até que foi elevada a nível constitucional e a isso foi dada maior velocidade em sua juridicidade no âmbito nacional. Por último, é notório que o casamento passa por um verdadeiro processo evolutivo de afastamento das intervenções estatais. Esse último elemento é destacado pelo progresso histórico operado a partir da Constituição de 1988 e, mais explicitamente, com a Emenda Constitucional n.º 66, que botou uma pá de cal sobre a necessidade de separação prévia ao divórcio, denotando que os consortes podem se casar e se separar no momento em que quiserem, desde que capazes e legitimados.

## 1.6 DAS NATUREZAS JURÍDICAS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Quando se questiona acerca da natureza jurídica de um determinado elemento com valoração jurídica, busca-se saber onde este se insere dentre as várias categorias jurídicas, bem como

---

<sup>17</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 8971 de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Diário Oficial da União. Brasília DF, 30 dez. 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8971.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

<sup>18</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 9278 de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília DF, 13 maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

conhecer mais acerca de seu regime jurídico. É importante ressaltar que se optou por não se aprofundar na questão conceitual, mas tão somente da natureza jurídica, haja vista que a ampla doutrina ainda não reanalisou tal ponto diante das decisões atuais da jurisprudência, de forma que o apontamento conceitual tornaria incoerente todo o trabalho aqui desenvolvido. Isso ocorre, primordialmente, pela circunstância de que os doutrinadores, em sua amplíssima maioria, sempre optaram por conceituar o casamento heterossexual, deixando à margem o homossexual. Como a presente trabalho visa, justamente, evidenciar o caráter inclusivo dos novos ares dados ao matrimônio e à união estável, não seria oportuno tratar das conceituações, ainda atreladas aos modelos ditos “tradicionais” de referidos institutos. Não se trata, aqui, de uma mera escolha a fundamentar o presente trabalho de forma parcial ou indicativa de omissão de aspectos que poderiam prejudicar as bases argumentativas do desenvolvimento das ideias aqui expostas, mas sim de uma questão essencialmente lógica, com vistas à coerência e coesão de tudo o que aqui é estudado.

#### 1.6.1 DO CASAMENTO

Há uma grande divergência entre os civilistas acerca da natureza jurídica do casamento no Direito Brasileiro. Alguns apontam para sua natureza contratual, outros para caráter institucional e, ainda, existem alguns que pugnam pela teoria eclética.

No entanto, a atualizadora Regina Beatriz Tavares da Silva destaca inúmeros pontos que podem garantir ao casamento natureza jurídica contratual. Há a presença do elemento volitivo dos nubentes tanto na constituição como sua extinção. A interferência do Poder Público não é suficiente para negar a natureza contratual, vez que objetiva complementar ou limitar o acordo entre os contraentes, como em tantos outros contratos de natureza privada. No mais, as normas de ordem pública também regem outros contratos de caráter privado e não somente o casamento e a imutabilidade é relativa.<sup>19</sup>

Maria Helena Diniz<sup>20</sup>, por sua vez, também filiada à corrente institucionalista, assevera que: Por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, o que consideração como uma *instituição social*. Para melhor elucidar nossa opinião será preciso destacar, como o fez Guillermo Borda, as notas diferenciais entre o contrato e a instituição: *a)* o contrato é uma especulação (o vendedor procura o preço mais alto e o comprador, o mais baixo); a

---

<sup>19</sup> Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito de família. 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004, pp. 24-25.

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2005, p. 44.

instituição, um *consortium*, onde os interesses são coincidentes; *b*) o contrato rege-se pela igualdade; a instituição, pela disciplina; *c*) o contrato é uma mera relação, produzindo efeitos somente entre as partes; a instituição, uma entidade que se impõe tanto às partes como a terceiros; *d*) o contrato é uma relação exterior aos contratantes, é um laço obrigacional; a instituição, uma interiorização; *e*) o contrato representa uma trégua na batalha dos direitos individuais, sendo produto da concorrência; a instituição um corpo cujo destino é ser compartilhado por seus membros; portanto produto da comunicação; *f*) o contrato é precário, desata-se como foi armado, extinguindo-se com o pagamento; a instituição é feita para durar; *g*) o contrato é uma relação subjetiva de pessoa para pessoa; as relações institucionais são objetivas e estatutárias.

Esse caráter diferenciado, situando o casamento como contrato de Direito de Família já era há muito enfatizado por Pontes de Miranda<sup>21</sup>, o qual afirmava que:

Por outro lado, por meio de contrato faz-se o casamento, mas contrato de direito de família; no caso de celebração confessional, conforme a concepção do seu direito matrimonial. Mas o registro civil é que em virtude lhe dá existência jurídica e os efeitos civis; e tais efeitos não são, de regra, contratuais – resultam do instituto mesmo.

Perfilhando a corrente dos que defendem a concepção contratualista do matrimônio, Caio Mário da Silva Pereira<sup>22</sup> traz os seguintes dizeres:

O que no matrimônio deve ser primordialmente considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de não se admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la (distrato).

Importante destacar a posição de Carlos Roberto Gonçalves<sup>23</sup>, o qual analisa a posição contratualista pautado na visão contemporânea de contrato, prelecionando as seguintes informações:

---

<sup>21</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, v. I, 1947, p. 94.

<sup>22</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 15. Ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, 2005, p. 58.

Não se pode deixar de enfatizar que a natureza de negócio jurídico de que se reveste o casamento reside especialmente na circunstância de se cuidar de ato de *autonomia privada*, presente na liberdade de casar-se, de escolha do cônjuge e, também, na de não se casar. No plano dos efeitos patrimoniais, têm os cônjuges liberdade de escolha, através do pacto antenupcial, do regime de bens a vigorar em seu casamento. Esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido, no entanto, dentro dos limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica.

Além das duas, buscando conciliar os pontos positivos de ambas as teorias, há também a corrente eclética, cuja esteira segue Carvalho Santos<sup>24</sup>, posicionando-se o autor da seguinte forma:

É um contrato todo especial, que muito se distingue dos demais contratos meramente patrimoniais. Porque, enquanto estes só giram em torno do interesse econômico, o casamento se prende a elevados interesses morais e pessoais e de tal forma que, uma vez ultimado o contrato, produz ele efeitos desde logo, que não mais podem desaparecer, subsistindo para sempre como que para mais lhe realçar o valor.

De todas as opiniões expostas, defende-se no presente trabalho a natureza contratual do matrimônio. Muitas foram as modificações impostas sobre o Direito de Família e o Direito Contratual, bem como sobre o Direito Civil como um todo, nos últimos anos. A opinião daqueles que se posicionam pela natureza institucional era pautada em um regime jurídico bastante distinto, o qual estava sob a égide do Código Civil de 1916. O referido *códex* garantia sobremaneira autonomia aos contratantes e, doutro lado, imprimia um rigorismo exacerbado ao regramento do casamento (lembre-se que, ao tempo de sua edição, o casamento era totalmente indissolúvel, desde que não houvesse nulidades absolutas).

A atual visão do contrato tem como sustentáculos os princípios, tais como a boa fé objetiva, a socialidade e a eticidade dos contratantes. A autonomia privada foi sobremaneira limitada, de forma que é inviável pensar nos contratos de hoje como outrora. Hodiernamente, sobre os contratos, invariavelmente, seja em menor ou maior intensidade, influem normas cogentes, normas de caráter público que não podem ser afastadas. Até mesmo nos contratos onde a autonomia privada é enorme, tais normas não podem ser afastadas. Contratos consumeristas, atualmente, são o melhor exemplo disso. Mesmo que não no âmbito estritamente civil, os contratos sempre foram limitados à ordem jurídica vigente, não podendo extrapolá-la ao absurdo. A ingerência estatal está presente na vida contratual de forma bastante forte, sendo

---

<sup>23</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2010, p. 43.

<sup>24</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil brasileiro interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IV, 1961, pp. 10-11.

exemplo disso os contratos administrativos, que sofrem influxo intensíssimo das limitações legais de ordem pública, visando à preservação do interesse público primário.

A autonomia da vontade está muito presente no casamento, tanto para ser constituído, como para ser extinto. É por vontade das partes que estas resolvem constituir o vínculo, o qual será regido (fora as hipóteses de separação legal de bens) pelo regime de bens que lhes aprouver. A extinção do matrimônio é totalmente possível hoje, não havendo mais que se falar em indissolubilidade, como à época do Código de 1916. Aliás, não é mais sequer necessária prévia separação judicial ou de fato, conforme já analisado. Não há que se questionar de culpa ou outros fatores. Se os cônjuges quiserem, podem se divorciar quando melhor lhes interessar. Inclusive, não é sequer necessário que a dissolução do vínculo se dê pela via judicial. Com a Lei n.º 11441 de 4 de janeiro de 2007 foi possibilitado o divórcio consensual pela via administrativa, feito em cartório<sup>25</sup>, ficando o litigioso reservado à via jurisdicional. Por tais motivos, o casamento tem natureza contratual, todavia, não um contrato qualquer, mas um contrato diferenciado, *sui generis*, um contrato de Direito de Família. Conquanto sejam respeitáveis as outras posições em contrário, tal posicionamento se amolda ao atual conjunto de aspectos que delineiam o casamento, inclusive no plano legislativo, que serve de norte para a análise do ponto em questão.

#### 1.6.2 DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável é instituto de Direito Civil sobremaneira volúvel, sendo difícil situar sua natureza jurídica ante a pouca regulamentação legal e, não menos importante, ser algo relativamente novo no Direito Brasileiro, ao contrário do casamento.

A natureza jurídica da união estável dependerá de como ela se constituir. É possível, atualmente, que a seja elaborado um contrato de convivência entre os companheiros, principalmente no que concerne aos direitos patrimoniais, a teor do artigo 1725 do Código Civil de 2002.<sup>26</sup> Nessa hipótese, a união estável assumirá um caráter verdadeiramente contratual.

Ressalte-se que a Lei n.º 9278 de 1996 conferiu natureza contratual à união estável, pois previa no *caput* do seu artigo 7º a rescisão desta. Os artigos 3.º, 4.º e 6.º, da referida lei, todos

---

<sup>25</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 11441 de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Diário Oficial da União. Brasília DF, 5 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

<sup>26</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

vetados, previam expressamente o termo “contrato”, o que, por si só, evidencia a natureza jurídica que se pretendia dar ao instituto.<sup>27</sup> É nesse sentido que Lourival Serejo<sup>28</sup> aduz que:

Ao tratar da dissolução da convivência, a terminologia usada foi a mais técnica possível: rescisão. Não bastou dizer "dissolvida a união estável"; precisou torná-la mais explícita, mais técnica: "dissolvida a união estável por rescisão". O art. 6 (vetado) trazia o conceito de rescisão contratual nos seguintes termos "Ocorre a rescisão quando houver ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes desta lei e do contrato escrito, se houver" (art. 6º, §3º, do Projeto de Lei n. 1.888-C, de 1991). No parágrafo seguinte, também vetado, aludia à "denúncia do contrato".

Atualmente, após a Emenda Constitucional n.º 66, a qual aboliu o prazo da separação para a decretação do divórcio, os laços entre a união estável e o matrimônio se apertaram. A grande tendência é a aproximação dos institutos. Fazendo uma análise estritamente jurídica de ambos os institutos, o que se vê é que se prestam a regular patrimônio, sendo essa sua finalidade precípua. Em reforço ao argumento expedindo, bem destaca Rodrigo da Cunha Pereira<sup>29</sup> que “uma das diferenças entre o casamento e a união estável é que o casamento tem uma forma solene, pública. Na verdade, se afastarmos a concepção moral e religiosa, é um contrato para regular patrimônio, embora o seu conteúdo essencial seja o amor, o afeto”.

## 2 AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO: DISCRIMINAÇÃO E OMISSÃO DO LEGISLATIVO E PAPEL GARANTISTA E EMANCIPADOR DO PODER JUDICIÁRIO

O Brasil é um país de contradições notórias, as quais soam por vezes engraçadas, quando não trágicas. O mesmo constituinte que promoveu a necessidade de o ensino da História do Brasil ao levar em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, conforme a artigo 242, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, foi aquele que previu, logo a seguir, que o Colégio Pedro II, situado no Rio de Janeiro, seria mantido na órbita federal, a teor do § 2.º, do mesmo artigo. De um lado, algo extremamente importante sob o ponto de vista social de todo um país, justificando-se sua constitucionalização; doutro, algo que afetaria algumas centenas de pessoas e tão somente isso, sem qualquer necessidade de elevação ao patamar constitucional.

---

<sup>27</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 9278 de 10 de maio de 1996**. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília DF, 13 maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

<sup>28</sup> SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 39.

<sup>29</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Casamento, união estável, namoro e uniões homoafetivas. In: BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 276.

É com esse ânimo que é elaborada toda a legislação brasileira, sem haver sopesamento de valores, de necessidades, de quais bens jurídicos devem ser tutelados e qual a forma dessa proteção legal. Num mesmo patamar colocam coisas totalmente distintas e que assim requerem tratamento diverso, deixando do outro lado de disciplinar bens jurídicos de sobremaneira importância. Foi nessa toada que o legislador, quando da elaboração do Código Civil brasileiro atual, vindo o mesmo a fazer parte do mundo jurídico no ano de 2002, se omitiu totalmente no que concerne às relações homoafetivas. Não há em todo o texto qualquer menção a elas, assim como não o há em todo Direito Positivo Brasileiro para lhes conferirem direitos de matrimônio e união estável equivalentes às relações entre homem e mulher. Tampouco há qualquer plausível justificativa para essa omissão. Ao revés, tal desídia do legislador brasileiro é pautada no silêncio e no caráter hermético dos grupos de pressão que atuam sobre ele, fazendo com que as vontades de algumas parcelas da sociedade possam ditar as vidas doutras parcelas, não raras vezes minorias. Sobre os grupos de pressão, Paulo Bonavides<sup>30</sup> traz as seguintes considerações:

Os grupos querem a “decisão favorável” e não trepidam em empregar os meios mais variados para alcançar esse fim. Aperfeiçoaram uma técnica de ação que compreende desde a simples persuasão até a corrupção e, se necessário, a intimidação. O trabalho dos grupos se faz de maneira direta e ostensiva como indireta e oculta. A pressão deles recai principalmente sobre a opinião pública, os partidos, os órgãos legislativos, o governo e a imprensa. [...]

Quanto ao poder legislativo, os métodos de pressão se exercem sobre ele talvez com mais facilidade, sobretudo nas comissões parlamentares. Com efeito, são as comissões órgãos por excelência que têm merecido a preferência dos grupos. Ali podem eles concentrar todo o peso de sua influência sobre deputados em número bastante reduzido, pois as comissões sempre são pouco numerosas e com a vantagem de que a função daqueles deputados constitui a chave do processo legislativo. A sorte das leis, onde o parlamento ainda legisla, se decide menos no plenário que nas comissões técnicas de cada câmara.

Temos aí o fenômeno da chancela dos direitos das minorias pelas maiorias, algo completamente inadmissível num Estado Democrático de Direito, quando os direitos conferidos às minorias, muitas vezes (como é o caso em tela, inclusive) em nada afetam as ditas maiorias, a não ser, quando muito, num aspecto estético da realidade.

O presente capítulo tem o objetivo de analisar a questão das omissões legislativas do legislador brasileiro, seu caráter discriminatório, bem como apurar a ilegitimidade dessa

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 467-468.

conduta, quais os fatores que para ela contribuíram e como isso repercute na esfera de direitos dos cidadãos que acabam por sofrer uma verdadeira sanção limitatória de direitos civis, repita-se, sem qualquer justificativa plausível. Por fim, na segunda parte, será estudada a postura do Poder Judiciário brasileiro diante dessa situação.

## 2.1 A HOMOAFETIVIDADE COMO FENÔMENO SOCIAL E AS OMISSÕES LEGISLATIVAS

De plano, urge ressaltar que não se perquirirá aqui sobre o que leva à existência do, se fruto de questões de natureza biológica, psíquica, social ou, ainda, conjunção de todas num viés biopsicossocial. Essa discussão não é afeta à Ciência do Direito, tampouco se mostra imprescindível, muito menos seguro, adentrar nesse ponto no presente trabalho. Todavia, a sua compreensão social é de grande importância. Como regulador dos fenômenos sociais de relevância, o Direito carece da compreensão dos bens jurídicos e situações que tutela em sua ótica vislumbrada pela sociedade. Foi-se o tempo onde o Direito deveria ser visto dissociado dos fenômenos sociais. A Ciência Pura do Direito é ponto histórico e só.

Feitas essas breves considerações, impende ressaltar a amplitude da homossexualidade enquanto fator social. Não é algo particular do Brasil, tampouco da América Latina ou do Ocidente, é um fenômeno praticamente universal. Nesse sentido, Alexander Lowen<sup>31</sup> destaca que:

A História e as pesquisas antropológicas têm demonstrado que a homossexualidade é um fenômeno quase que universal. Pode ser também encontrado no reino animal, onde é em geral, porém, uma ocorrência esporádica, um recurso ao qual se faz uso quando está interdito o acesso ao sexo oposto. Nas culturas mais altamente desenvolvidas, a homossexualidade passa a ser uma forma de vida. A divisão do trabalho, a estratificação da organização social e o conflito entre as tendências passivas e agressivas isolam a pessoa sensível e não-assertiva e criam um ambiente no qual tais qualidades sejam aceitáveis.

Porém, mesmo sendo circunstância de grande difusão, a opressão existe. A homossexualidade é apartada do modelo social padrão ainda hoje. É inevitável dizer que o modelo posto é o da heterossexualidade e, como tal, se impõe e é imposto aos demais, inclusive aos homossexuais. Surgem daí consequências opressoras, onde a maioria quer submeter a minoria aos seus valores, ao invés de compreender incluindo, teme excluindo. Vive o homossexual na

---

<sup>31</sup> LOWEN, Alexander. **Amor e orgasmo**: guia revolucionário para a plena realização sexual. 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1988, p. 68.

sociedade uma situação de multipersonalidade, onde precisa encarnar personagens para ser aceito, como se deduz de afirmação de Gérard Vincent<sup>32</sup>, a saber:

Se é verdade que o homossexual é condenado a uma "gestão esquizofrênica de sua vida", que tem de mudar de "papel" conforme o interlocutor, é no domínio das relações públicas que ele melhor pode utilizar esses "dons adquiridos" pela obrigação de se adaptar à discriminação implícita de que é objeto.

Dessa forma, o homossexual se encontra em situação que beira à clandestinidade, ante o alto grau de não aceitação de si pela maioria da sociedade. Maioria essa discriminatória, impositiva e que tolhe dos homossexuais a palavra, o viés político. Respalhando tal visão, Alexandre Soares da Silva<sup>33</sup> traz as seguintes assertivas:

No caso de minorias ou majorias oprimidas, como os coletivos que compõem os chamados LGBT, as mulheres, os negros etc., as elites dominantes garantiram a construção de uma memória e de uma história oficial à sua imagem e semelhança: masculina, branca, eurocêntrica, rica e heteronormativa. E o fizeram mediante a *polícia*, pela negação da palavra, do logos. Assim, está dada a existência de dois mundos, um no qual o exercício da palavra atribui dignidade ao ser social, direitos e, portanto, visibilidade a outro no qual a negação à palavra lhe nega a dignidade e o direito, condenando os não-falantes à invisibilidade do *subterrâneo*, à oficiosidade controlada e contida.

Reagindo a essa opressão, a homossexualidade apresentou nítido caráter de contracultura no século XX, rejeitando e questionando valores e práticas da cultura dominante na qual estão inseridos os homossexuais. No Brasil, destacou-se o grupo Somos, de aberto caráter ativista, precursor da defesa dos direitos dos homossexuais no país, conforme destaca Regina Facchini<sup>34</sup>:

A fundação do primeiro grupo reconhecido na bibliografia como tendo uma proposta de politização da questão da homossexualidade, o Somos, de São Paulo, ocorreu em 1978. É importante esclarecer, desde já, que esse grupo adquiriu grande notoriedade e visibilidade do ponto de vista histórico, não só por ter sido o primeiro grupo brasileiro, por ter tido uma atuação importante ou por ter se constituído enquanto uma experiência marcante na vida das centenas de pessoas que passaram por suas atividades.

---

<sup>32</sup> VINCENT, Gérard. Uma história do segredo?: O corpo e o enigma sexual. In: PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Org.). **História da vida privada**, 5: Da primeira Guerra a nossos dias. Tradução Denise Bottmann; Dorothee de Bruchard, posfácio. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 343.

<sup>33</sup> SILVA, Alexandre Soares da. **Luta, Resistência e Cidadania**: Uma análise psicopolítica dos Movimentos e Paradas do Orgulho LGBT. Curitiba: Juruá, 2008, p. 30.

<sup>34</sup> FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?** Movimento homossexual e produção de identidade coletivas nos anos 1990. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 93.

Em sentido convergente Jorge Luiz Pinto Rodrigues<sup>35</sup> aponta que:

No fim da década de 1970 um grupo de intelectuais, assumidamente gays, aproveitando as mudanças de vento da política brasileira, lança aquele que é considerado o primeiro veículo de ampla circulação dirigido ao público homossexual - o jornal *Lampião da Esquina*. O lançamento do jornal, em abril de 1978, fez com que, rapidamente, alguns rapazes de São Paulo organizassem um grupo que iria consolidar o movimento homossexual no Brasil - o Grupo Somos.

Apesar de todo o esforço no transcorrer de algumas décadas de ativismo, através dos grupos sociais do Brasil que pugnam pela igualdade de direitos aos homossexuais, muito ainda há de ser feito, principalmente no Direito de Família, onde salta aos olhos a limitação de direitos dos homossexuais, vez que a omissão do legislador, principalmente no que concerne ao artigo 1565, *caput*, do atual Código Civil, que assegura o casamento somente entre homem e mulher. O Direito, nesse aspecto, ao contrário do que lhe atine, que é regular as situações sociais de alta relevância, simplesmente se omite e, conseqüentemente, busca excluir a homoafetividade da esfera do matrimônio. Como se verá em momento oportuno no presente trabalho, a jurisprudência vem exercendo papel integrador de incluir os homossexuais como detentores do direito de casarem e se relacionarem por meio de união estável. Todavia, isso não exclui os legisladores brasileiros de seu ofício, que é elaborar legislação para tratar do tema.

O fato é que grande preconceito permeia todo o tema, pois há um medo generalizado de algumas partes da sociedade de que a homossexualidade se propague como uma doença, como um vírus, caso ocorra a derrocada das barreiras que não conferem direitos aos homossexuais. Esse preconceito é sobremaneira difícil de entender, mas alguns o tentam explicar, como José Leon Crochík<sup>36</sup>, o qual traz as seguintes afirmações:

O preconceito diz respeito a um mecanismo desenvolvido pelo indivíduo para poder se defender de ameaças imagináveis, e assim é um falseamento da realidade, que o indivíduo foi impedido de enxergar e que contém elementos que ele gostaria de ter para si, mas se vê obrigado a não ter; quanto maior o desejo de poder se identificar com a pessoa vítima do preconceito, mais esse tem se fortalecido. Dessa forma, o preconceito contra o homossexual pode guardar o desejo negado da homossexualidade, e quanto mais esse desejo se aproxima da consciência, mais a aversão e o ódio do homossexual aumentam.

---

<sup>35</sup> RODRIGUES, Jorge Luiz Pinto. A imprensa gay do Rio de Janeiro: linguagem verbal e linguagem visual. In: LOSSO, Juliana Cavilha Mendes; GROSSI, Miriam Pillar; PORTO, Rozeli Maria; Muller, Rita de Cássia; BECKER, Simone (Org.). **Movimentos Sociais, Educação e Sexualidades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 71.

<sup>36</sup>CROCHÍK, José Leon. **Preconceito, indivíduo e cultura**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006, p. 22.

O nosso Código Civil de 2002, que teve sua gênese ainda no período de intolerância à diferença que foi a ditadura que tantas marcas deixou no país, foi omissivo no trato das uniões homoafetivas, transmutando a marginalização que se dá na sociedade para a legislação codificada. Nesse sentido, Júlio Cesar Garcia Ribeiro<sup>37</sup> aduz que o referido diploma “fez vistas grossas às relações homoafetivas”. Conquanto o Direito Positivo Brasileiro, através do legislador, haja ignorado voluntariamente a situação das relações homoafetivas, o Poder Judiciário, através de seu ativismo e de uma interpretação constitucional emancipativa, vem dando a estas o trato merecido, como se verá a seguir.

### 3 O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A posição tópica dessa exposição do presente capítulo se justifica por sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, ficando mais bem situada neste capítulo e não nos anteriores, com vistas a demonstrar o contraste entre a indignidade atual da legislação e a dignidade pretendida.

#### 3.1 A INDIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE A HOMOSSEXUALIDADE

A questão das relações homoafetivas não se limita apenas a permitir que duas pessoas do mesmo sexo se unam civilmente ou se casem para compartilharem da vida em comum, visando à constituição de família. Vai muito além, envolve direitos que são garantidos somente a casais heterossexuais pela legislação, em completo desencontro com qualquer ideia que se tenha de dignidade de pessoa humana.

A omissão legislativa, bem como toda discriminação e preconceito que circundam ao redor do tema na legislação brasileira e na visão retrógrada mantida por esta, são amplamente criticados por Maria Berenice Dias<sup>38</sup>, nos seguintes termos:

Não há como reconhecer a possibilidade de, no mesmo feixe normativo, conviverem normas que elejam a diferenciação do sexo, como elemento discriminante para merecer a proteção estatal. Se todos são iguais perante a lei, sem distinção e qualquer natureza, aí está incluída a opção sexual que se tenha [...]. Desarrazoada a eleição de fato sexista para subtrair dos homossexuais os direitos deferidos aos

---

<sup>37</sup> RIBEIRO, Júlio Cesar Garcia. O casamento, a união estável e a homoafetiva na perspectiva do novo Código Civil Brasileiro. In: SILVA, Kelly Susane Aflen da; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da (Org.). **Temas fundamentais de direitos**. Canoas: Ed. ULBRA, 2005, p. 154.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice. **União estável homossexual**: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 74.

heterossexuais, postura que evidencia discriminação, infringência ao princípio da isonomia e desrespeito à cláusula constitucional de respeito à dignidade humana, bem como, de forma reflexa, afronta a liberdade pessoal e sexual.

Pela definição legal do artigo 1517, do Código Civil de 2002<sup>39</sup>, somente homem e mulher poderiam casar, como já mencionado alhures. Seria aí a primeira limitação aos casais homoafetivos. Logo, a princípio, não poderiam ser considerados como uma família perante a atual legislação. Semelhante limitação é vista no artigo 1723, no que diz respeito à união estável. Consequentemente, o cônjuge homossexual não pode anotar nome do parceiro (Código Civil, artigo 1565, § 1.º). Dessas implicações exordiais decorrem todas as demais. Com o conceito de família limitado, em tese, pela lei, tudo o que a nele não se amoldar não faria jus aos direitos conferidos a uma entidade familiar.

O imóvel ocupado por casais homoafetivos pode ter sua impenhorabilidade prejudicada, vez que Lei n.º 8009 de 1990<sup>40</sup>, em seu artigo 1.º, *caput*, alude expressamente à “entidade familiar”. O consorte sobrevivente não pode ser herdeiro legítimo, pois não está previsto na ordem de sucessão hereditária do artigo 1829, do Código Civil. Consequentemente, o supérstite não pode ser também inventariante, pois não consta do rol do artigo 988, do Código de Processo Civil.<sup>41</sup> Não possuem o direito real de habitação, pelo dispositivo do artigo 1831, do Código Civil. Não têm todo o resguardo de autorizações necessárias pelo outro companheiro à proteção da lei em ações imobiliárias, previstas no artigo 10, do Código de Processo Civil. O mesmo se dá em relação à proteção conferida para alienar ou gravar de ônus reais os imóveis, prestar fiança ou aval, bem como sobre doação não remuneratória, a teor dos incisos I, II e IV, do artigo 1647, do Código Civil. A par dessas limitações, não tem o companheiro direito à assistência alimentar, conforme Código Civil, artigo 1694. Os casais homoafetivos também não têm direito a pedir alimentos provisionais, se separados, e existir ação de dissolução da união, conforme artigo 852, do Código de Processo Civil. Não pode ser promovida a interdição do outro, pois não se amoldam ao rol de legitimados do artigo 1768, do Código Civil. Não têm direito ao sequestro dos bens do casal, caso o companheiro os estiver dilapidando e estiverem dissolvendo a união, a teor do artigo 822, III, do Código de Processo Civil. Tampouco têm direito a pedir o afastamento temporário do companheiro da

---

<sup>39</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

<sup>40</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 8009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União. Brasília DF, 30 mar. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>41</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 5869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

moradia do casal, ante a previsão do artigo 888, VI, do Código de Processo Civil. Não têm direito à habilitação (quando, por falecimento de qualquer das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo) nos autos da causa principal e independentemente de sentença quando promovida pelo companheiro, pelo dispositivo do artigo 1.060, I, do Código de Processo Civil. De tudo o mais, as ações envolvendo as relações homoafetivas, por consequência lógica, não serão julgadas por Varas de Família e sim por Varas Cíveis Comuns.

Também não há o direito de licença por motivo de saúde de familiar, previsto no artigo 81, da Lei n.º 8112 de 1990<sup>42</sup>, que trata dos servidores da Administração Pública. Na mesma legislação, não é concedido o direito de plano de seguridade social (artigo 183), direito a salário família (artigo 184, I, “c”, combinado com artigo 197 e seguintes), não têm direito às pensões do artigo 217, por não se amoldarem ao conceito de entidade familiar legalmente proposto, bem como ao auxílio-funeral (artigo 226) e ao auxílio-reclusão (artigo 229). Ainda na mesma lei, não é conferida a assistência à saúde (artigo 230). Toda essa celeuma não é resolvida pelo artigo 241, que permite uma suposta interpretação analógica. Mas e caso o companheiro não viva necessariamente às expensas do outro? Tampouco aí será considerado como parte de uma família sequer pelo referido artigo.

No âmbito Penal, os casais homoafetivos não têm direito à isenção de pena em relação ao companheiro que cometa crime contra o patrimônio contra o outro, durante a constância da união homoafetiva, ante a previsão do artigo 181, I, do Código Penal. Também não há o direito à exigência de se proceder somente mediante representação, caso o crime contra o patrimônio for cometido contra ex-companheiro, conforme artigo 182, I, do Código Penal.<sup>43</sup>

Na seara Processual Penal<sup>44</sup>, a situação não é diferente, diversos direitos são tolhidos dos homossexuais. Não lhes é conferido o direito a oferecer queixa-crime substitutiva, quando o companheiro falecer ou for declarado ausente por decisão nos crimes de ação penal privada, a teor do disposto no artigo 31, do Código de Processo Penal. Não é possível requerer que o companheiro seja submetido a exame pericial, quando houver dúvida sobre sua condição

---

<sup>42</sup> Cf. BRASIL. **Lei n.º 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União. Brasília DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>43</sup> Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União. Brasília DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

<sup>44</sup> Cf. BRASIL. **Decreto-Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Brasília DF, 13 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

mental, conforme artigo 149, do mesmo Diploma Processual, bem como não podem se eximir do testemunho contra o companheiro, a teor do artigo 206, e não podem requerer o livramento condicional do companheiro, previsto no artigo 712, do Código de Processo Penal.

Em complemento ao posicionamento acima mencionado, especialmente no que concerne à união estável, núcleo familiar genuíno, Raphael Peixoto de Paula Marques<sup>45</sup> aponta que:

De acordo com isso, uma noção contemporânea de igualdade constitucional só pode significar – devido, principalmente, ao caráter plural das concepções éticas existentes – uma oscilação entre os estágios da *igualdade como identidade* e da *igualdade como diferença*. No que toca à possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, qual seria o modelo mais adequado? Suprimir as diferenças (heterossexual x homossexual) a partir da ideia de igualdade como identidade? Ou evidenciá-las, a partir da igualdade como diferença? Já que não se trata, aqui, de um problema relacionado, pelo menos diretamente, a questões de redistribuição, mas sim de reconhecimento, certamente a aplicação do modelo de igualdade que faz justiça para o caso é a de igualdade como identidade, já que a utilização, aqui, de um raciocínio metafórico possibilita que se alcance um nível de abstração no qual, pelo menos para efeito de questões vinculadas aos usuais direitos de família, não sejam reconhecidas diferenças juridicamente relevantes entre duas situações factualmente diversas.

Dessa forma, o reconhecimento das uniões homoafetivas é um grande passo no progresso do Direito Brasileiro rumo à igualdade, preconizada pela Constituição Federal em todo o seu texto. Ademais, é de se entender pela possibilidade do casamento direto, extrajudicial, sem qualquer intervenção do Judiciário, vez que seria desarrazoado a atuação judicial para que os homossexuais se casem, criando um novo requisito não existente para os heterossexuais. Importante, também, ressaltar o amplo reconhecimento do núcleo familiar nas relações homoafetivas, fato este que, a princípio, acaba por suprir uma grande omissão legislativa e permite aos casais homoafetivos usufruírem de direitos que antes lhes eram negados, pois não enquadrados no conceito de família, proposto numa interpretação estritamente legal.

### 3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARADIGMA PARA AS QUESTÕES ENVOLVENDO RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

O Brasil, como país ainda jovem no que diz respeito à democracia, veio a conhecer a questão da dignidade da pessoa humana em seu texto legislativo maior apenas na década de 1980. Todavia, ao redor do mundo, a dignidade da pessoa há muito já era positivada nas mais

---

<sup>45</sup> MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Olhar, Ver, Reparar: uma Análise do Caráter Inclusivo dos Princípios Constitucionais a Partir do Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, pp. 47-65, fev./mar. 2010, pp. 55-56.

diversas legislações, com destaque aqui para a França, sempre tão frutífera em avanços humanísticos. Corroborando esse entendimento, Jean-Jacques Israel<sup>46</sup> aduz que:

Princípio fundador dos direitos do homem, o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana traduz, por sua vez, a própria essência da concepção humanista da consciência universal originária de uma exigência ética fundamental.

Esse princípio está implicitamente contido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.

Ele encontra uma consagração explícita em vários instrumentos internacionais, especialmente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Européia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ou na Declaração Americana dos Direitos do Homem.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, todo o arcabouço principiológico do sistema jurídico brasileiro foi alterado. Antes não se poderia falar em um paradigma como hoje existe a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o autor português Jorge Miranda<sup>47</sup> destaca que:

Pelo menos, de modo directo e vidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, *de todas as pessoas*. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.

O que se vê, portanto, é que dentro nesse novo contexto axiológico constitucional, não é interessante vislumbrar a dignidade da pessoa humana no ápice de uma pensada pirâmide, ao estilo kelseniano. A questão muda de foco e a Constituição, principalmente o valor da dignidade da pessoa humana, deve ser vista no centro do sistema, em visão neoconstitucionalista. Com isso, nota-se que a dignidade da pessoa humana faz renascer para o Direito Brasileiro uma forte ligação com questões éticas e morais, ou seja, com valores, na busca de um ideal de justiça. Ressalte-se que essa tendência não é algo exclusivo do Brasil, mas sim do Ocidente. Em terras europeias, Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>48</sup> diz que:

[...] as Cortes europeias defendem-se, entendendo como forma legítima de operação do Direito, a "Jurisprudência de Valores", vez que assume como metavalor a dignidade da pessoa humana. Assim, nenhuma ponderação poderia violá-lo tornando, a seus olhos, legítima a "Jurisprudência de Valores". Em outras palavras, o

---

<sup>46</sup> ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. Tradução Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 388.

<sup>47</sup> MIRANDA, Jorge. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais**. São João do Estoril: Principia, 2006, p. 470.

<sup>48</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 232.

conteúdo do valor dignidade humana seria um norte seguro para que as decisões judiciais fossem sempre racionais e ao mesmo tempo consentâneas com os valores mais caros à humanidade. Por meio dele, o intérprete seria capaz de alcançar a resposta correta. Dessa forma, o elemento kantiano de uma ética substantiva manifesta-se com toda a sua força novamente.

Nesse diapasão, pode-se entender claramente que a dignidade da pessoa humana não é mais um ideal meramente preconizado em um texto normativo, algo como uma legislação simbólica. A dignidade do ser humano é, isso sim, um ponto essencial, fulcral da sociedade. Abdicar da dignidade da base sociológica de qualquer sociedade, ou seja, o ser humano, é o mesmo que implodir, colapsar, a própria sociedade.

Um dos grandes problemas para a efetivação da dignidade da pessoa humana em assuntos relacionados aos homossexuais é uma visão preconceituosa, desprendida de fundamentos lógicos e racionais, que identificam o homossexual como alguém à margem da normalidade convencional.

Dentro do contexto jurídico brasileiro, não razões há lógicas que justifiquem a discriminação dos homossexuais a impossibilitar o casamento entre estes, tanto na lei como perante a lei. O que há, em séria constatação, é um amontoado de valores preconceituosos repetidos como um mantra por setores influentes da sociedade. Não se está a preconizar o casamento de homossexuais dentro de igrejas, seitas ou locais e situações correlatos, pois isso sequer é do interesse do presente trabalho. O que se está a afirmar é a necessidade de um tratamento justo e igualitário na lei e perante a lei, ou seja, formal e materialmente isonômicos. Reforçando essa linha de pensamento, Ana Carla Harmatiuk Matos<sup>49</sup> aduz que:

Portanto, não basta o aspecto negativo em busca da não-violação da dignidade. Também se faz necessária sua promoção, a faceta positiva do princípio da dignidade da pessoa humana.

Normas que caminhem ao encontro das integridades física e emocional dos parceiros homoafetivos devem ser providas, em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Apesar do reconhecimento expresso em vários diplomas legislativos da dignidade das pessoas humanas, percebe-se que um maior ou menor conteúdo de efeitos, desse valor derivado, relacionam-se com o que podemos denominar "sensibilidade jurídica". A concretização dessa normatividade exige sensibilidade dos operadores do direito para, mediante sua percepção, implementar-se a justiça, em respeito à dignidade dos homens.

---

<sup>49</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 153.

As supostas razões existentes para tamanhas violações à dignidade da pessoa humana são apreensíveis do contexto histórico legislativo do Brasil. Grande parte do arcabouço de leis do Brasil foi promulgada durante períodos de intolerância ditatorial. Conquanto muitas tenham sido as reformas posteriores (já em tempos de suposta democracia), o núcleo essencial da legislação não foi alterado. Assim acontece com o Código Penal e o Código de Processo Penal (citados nos exemplos), nascidos nos anos de 1940. O Código de Processo Civil é dos anos de 1970 e o Código Civil, apesar de ter entrado em vigor no novo milênio, foi elaborado sob a égide ditatorial em sua grande parte, nos idos dos anos de 1970. Mesmo a legislação mais atual sofreu grandes influxos da ideologia arbitrária dos tempos ditatoriais, haja vista que a formação cultural de seus elaboradores se deu nesse período. Assim, é de se entender que a legislação retrógrada e intolerante do Brasil, que gera as discriminações injustificadas e aqui apontadas, é resultado de um patrimônio cultural e intelectual incompatível as necessidades sociais atuais, dentre elas, os anseios atinentes às relações homoafetivas.

Corroborando os argumentos aqui exposto, Elpídio Donizetti Nunes e Felipe Quintella<sup>50</sup> prelecionam que:

Família homoafetiva é aquela formada por pessoas do mesmo sexo, unidas por um vínculo conjugal. Trata-se de um modelo extremamente condenado ao longo da história em razão do grande e inexplicável preconceito com relação à homossexualidade. Todavia, em pleno século XXI tal repulsa não deve ser tolerada, sobretudo entre nós, em razão de ser um imperativo constitucional a promoção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988), além da vedação de toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

Daí que, mesmo não tendo o constituinte se referido ao modelo homoafetivo como entidade familiar, e de ter, por assustadora infelicidade, feito referência à união estável “entre homem e mulher” apenas (art. 226, § 3º, da CF), a família formada pela união de pessoas do mesmo sexo deve receber do Direito e do Estrado todo o reconhecimento necessário para que possa garantir a manutenção da dignidade dessas pessoas. Não se trata apenas de uma bandeira dos movimentos chamados de GLS, em alusão à sigla para “gays, lésbicas e simpatizantes”, mas de um mandamento constitucional irrefutável, face aos já mencionados princípios basilares da República Federativa do Brasil: a promoção da dignidade da pessoa humana e a não discriminação. Já passou da hora de o legislador infraconstitucional editar leis que disciplinem este modelo de família.

Uma necessária revisão legislativa séria e comprometida com o texto constitucional se faz necessária. Conquanto o trabalho interpretativo e decisório do Judiciário seja salutar, não é ele

---

<sup>50</sup> DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 889.

que resolverá todas as celeumas de forma adequada. A segurança jurídica pretendida só pode ser alcançada através de uma legislação que observe a dignidade da pessoa humana e resolva todas as discriminações já apontadas. O trabalho do legislador, em seu ofício principal, é representar a população que o elegeu. Não se justifica que uma parcela setorial da sociedade, os homossexuais, fique à margem da legislação por mera desídia legislativa. O Legislativo precisa agir e de forma rápida, vez que enquanto tais omissões e discriminações persistirem direitos humanos estarão sendo violados dia após dia.

## **CONCLUSÃO**

No que concerne às relações homoafetivas, a Constituição Federal Brasileira, bem como o Código Civil, não reconhece, ainda, de forma expressa as relações homoafetivas, a elas sequer faz menção. O Legislativo brasileiro se omite, deixando ao hermetismo toda a situação das relações homoafetivas. Conquanto existam projetos de leis que buscam regulamentar a questão, como o Projeto de Lei 2285/07 (Estatuto das Famílias) e o Projeto de Lei 674/07, a questão está longe de ser apreciada de forma adequada no Legislativo. Este, ao revés, prefere, por meio de suas omissões, relegar o trato do problema ao Poder Judiciário, o qual de forma corajosa, ativista e séria franqueou aos homossexuais, na Corte Maior do país, a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo. No mesmo pensar, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, entendeu pela possibilidade de que casais homoafetivos contraíam matrimônio. A ausência de amparo legislativo acerca das relações homoafetivas denota um claro caráter discriminatório, violador das bases do Estado Democrático de Direito, principalmente frente à igualdade e à dignidade da pessoa humana. Conquanto a decisão de legislar seja fundamentalmente política, não é compatível com o mister legislativo uma omissão tão prejudicial à existência de inúmeros seres humanos, os quais não têm uma resposta de seus representantes.

Uma leitura desatenta e literal do artigo 226, § 5.º, da Constituição Federal Brasileira, bem como dos inúmeros dispositivos infraconstitucionais que fazem menção a “homem e mulher” como sujeitos essenciais do casamento, em remissão ao matrimônio heterossexual, como excludente de qualquer outra forma de casamento, não está comprometida com o princípio da dignidade da pessoa humana e com quaisquer outros princípios jurídicos que valorizem a plena existência do ser. Tal leitura excludente não é mais compatível com o amplo suporte fático propiciado pelas evoluções sociais das últimas décadas. As ideias de não-discriminação, de convivência das diferenças e compreensão do outro são somadas à dignidade da pessoa

humana para incluir, seja através do casamento ou da união estável, o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo como núcleo familiar idôneo no Direito Brasileiro. Não se trata da busca de um mero *status* social de casado ou de convivente ou, ainda, de qualquer outro adjetivo, é algo que vai além e tem implicações amplíssimas. Uma interpretação excludente priva os homossexuais de uma longa lista de direitos decorrentes da família, do casamento e da união estável. Num Estado Constitucional, restringir direitos e aumentar restrições sem suporte social e lógico aceitáveis se mostra como algo totalmente incompatível com a realidade pretendida por uma Constituição democrática e dirigente como a Brasileira de 1988. Não se justifica, também, a inércia do legislador constituinte reformador em se omitir na sua tarefa de adaptar a Constituição aos anseios sociais, quando assim necessário. A simples supressão da remissão a “pelo homem e pela mulher” do artigo 226 da Constituição Federal já seria um grande avanço, principalmente para aqueles adeptos a um pensamento excessivamente dogmático e normativista. O afeto, a igualdade e a dignidade da pessoa humana orientam e demandam essas modificações, em razão da nova concepção de família. É compreensível que o texto original da Constituição tenha tal redação, até mesmo se analisada em paralelo com o avanço dos direitos aos casais homoafetivos ocorridos na Europa, quando, somente em 1989, na Dinamarca, tais direitos começaram a ser reconhecidos legislativamente. O que não se demonstra razoável é a omissão legislativa em tratar do tema, tanto no âmbito constitucional como no infraconstitucional no passar dos anos.

O Supremo Tribunal Federal, como intérprete máximo do texto constitucional, em franca atitude de efetivação de direitos fundamentais, deu um grande passo na consolidação dos direitos dos casais homoafetivos ao casamento e à união estável. Foi dado o sinal para o Legislativo se mover. Em sua atividade, o Supremo Tribunal Federal se valeu dos melhores recursos possíveis da contemporânea hermenêutica constitucional, com uso dos instrumentos da unidade, máxima efetividade e concordância prática das normas. Negar tal ocorrido leva a situações absortas da realidade social e jurídica, primando tão somente por uma negativa de aplicação de técnicas de interpretação avançadas, com retorno a um positivismo exagerado, desde muito abandonado pela Ciência Jurídica, o que confronta com o atual momento pós-positivista/neoconstitucionalista.

## **REFERÊNCIAS**

ANATRELLA, Tony. **A diferença interdita**: sexualidade, educação, violência. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

BALESTERO, Gabriela Soares. O Casamento como um Instituto de Direito Civil: a Homoafetividade. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 22, pp. 25-41, jun./jul. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARBERO, Graciela Haydée. **Homossexualidade e Perversão na psicanálise**: uma resposta aos Gays and Lesbian Studies. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Eliene Ferreira; DIAS, Maria Berenice (Coord.). **A família além dos mitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BERNARDES, Hilton Meirelles. **Direito da Nacionalidade Portuguesa e Brasileira**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos**: estudos filosóficos entre o cosmopolitismo e responsabilidade social. Barueri, SP: Manole, 2004.

BLIKSTEIN, Daniel. **DNA, paternidade e filiação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Diário Oficial da União. Brasília DF, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1967). **Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977**. Diário Oficial da União. Brasília DF, 29 jun. 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc09-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01 abr. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

CARVALHO SANTOS, J. M. **Código Civil brasileiro interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. IV, 1961.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ZIMERMAN, David (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010.

CROCHÍK, José Leon. **Preconceito, indivíduo e cultura**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **União estável homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2005.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

DUARTE, Liza Bastos. **Hermenêutica jurídica: uma análise de temas emergentes**. Canoas: ULBRA, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidade coletivas nos anos 1990**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FISCHER, André. **Como o mundo virou gay? Crônicas sobre a nova ordem sexual**. São Paulo: Ediouro, 2008.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11. ed. revista., atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FUKU, Lia (Org.). **Segredos de família**. São Paulo: FAPESP/NEMGE/Annablume, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GERSHONI, Jacob (Org.). **Psicodrama no século 21: aplicações clínicas e educacionais**. Tradução Moysés Aguiar. São Paulo: Ágora, 2008.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Quando os avanços parecem retrocessos: um estudo comparativo do Código Civil de 2002 e do Código Penal brasileiro com os grandes códigos da história**. Barueri, SP: Manole, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2010.

GORENDER, Jacob. **Direitos humanos: o que são (ou devem ser).** São Paulo: Editora Senae São Paulo, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.). **A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, v. 2, 2007.

INGOLDSBY, Bron B.; SMITH, Suzanna D. **Families in global and multicultural perspective.** 2. ed. Thousand Oaks, California: Sage Publications Inc., 2006.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais.** Tradução Carlos Souza. Barueri, SP: Manole, 2005.

LONDOÑO, Fernando Torres. **A outra família: concubinato, igreja e escândalo na colônia.** São Paulo: Edições Loyola, 1999.

LOSSO, Juliana Cavilha Mendes; GROSSI, Miriam Pillar; PORTO, Rozeli Maria; Muller, Rita de Cássia; BECKER, Simone (Org.). **Movimentos Sociais, Educação e Sexualidades.** Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

LOWEN, Alexander. **Amor e orgasmo: guia revolucionário para a plena realização sexual.** 3. ed. São Paulo: Summus Editorial, 1988.

LUZ, Valdemar Pereira da. **Manual de direito de família.** Barueri, SP: Manole, 2009.

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

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Olhar, Ver, Reparar: uma Análise do Caráter Inclusivo dos Princípios Constitucionais a Partir do Reconhecimento da União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 14, pp. 47-65, fev./mar. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais.** São João do Estoril: Principia, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** 37. ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 15. Ed. Rio de Janeiro, Forense, v. V, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica.** 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, v. I, 1947.
- PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Org.). **História da vida privada, 5: Da primeira Guerra a nossos dias**. Tradução Denise Bottmann; Dorothée de Bruchard, posfácio. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2004.
- SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SILVA, Alexandre Soares da. **Luta, Resistência e Cidadania: Uma análise psicopolítica dos Movimentos e Paradas do Orgulho LGBT**. Curitiba: Juruá, 2008.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da (Org.). **Temas Fundamentais do Direito**. Canoas: Editora da Ulbra, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Rogério Montai de. **A conversão da união estável em casamento**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento>>. Acesso em: 22 abr. 2012.
- UZIEL, Anna Paula; MELLO, Luiz; GROSSI, Miriam Pillar (Org.). **Conjugalidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo, Atlas, v. 6, 2005.
- WELTER, Pedro Belmiro. Família Homoafetiva: Limites Constitucionais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 2, pp. 69-86, fev./mar. 2008.