

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

JOÃO COSTA RIBEIRO NETO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; João Costa Ribeiro Neto; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-423-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaneidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Civil Contemporâneo" durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", em parceria com os Cursos de Pós-Graduação "stricto sensu" em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense do Direito Público (IDP).

Na presente coletânea, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas brasileiros de Pós-graduação "stricto sensu" em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos surgidos de pesquisas em todas as regiões do país, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

O número de artigos (21 ao todo) demonstra que o Direito Civil tem sido objeto de intensas e numerosas discussões Brasil afora. Os temas são plúrimos e abrangem problemas assaz interessantes. Durante o encontro, os trabalhos suscitaram diversos debates, tendo diversos pesquisadores – de variegadas regiões do país – interagido em torno das questões teóricas e práticas contidas nos textos.

Espera-se que o leitor possa vivenciar uma parte desta discussão por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (PUC/MG)

Prof. Dr. João Costa Neto (UnB)

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

PAÍS REAL VERSUS PAÍS LEGAL: O VÁCUO LEGISLATIVO PARA AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.

REAL COUNTRY VERSUS LEGAL COUNTRY: THE LEGISLATIVE VACUUM FOR HOMOFETIVE FAMILIES.

Leonora Roizen Albek Oliven ¹

Resumo

O presente trabalho trata, em perspectiva histórica, de mudanças sociais e comportamentais que suportam a proposta de alteração no Código Civil para textualmente recepcionar a união estável e o casamento entre casais homoafetivos. Os reflexos do ativismo judicial e institucional nesse percurso para a atribuição de direitos civis expressos desafiam o cenário jurídico brasileiro. As reflexões sobre as transformações sociais buscam dar novos significados à família e ao alcance da norma, modificando o sistema jurídico no que tange o Direito das Famílias para uma reconstrução contemporânea.

Palavras-chave: Família, Casamento, União estável, Homoafetividade, Codificação

Abstract/Resumen/Résumé

This paper means, in historical perspective, with social and behavioral changes that support the proposal of amendment in the Civil Code to textually receive the informal union and marriage between homoaffective couples. The reflexes of judicial and institutional activism in this path to the attribution of expressed civil rights challenge the Brazilian legal scenario. The reflections on the social transformations seek to give new meanings to the family and the scope of the norm, modifying the legal system regarding Family Law for a contemporary reconstruction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Family, Marriage, Informal union, Homoaffective, Codification

¹ Doutora em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida, mestre em Psicanálise, Saúde e Sociedade pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada. Professora da UVA.

INTRODUÇÃO

Em 8 de março de 2017 a CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) do Senado aprovou em caráter terminativo o projeto de Lei do Senado nº 612 de 2011¹. Na proposta original, havia a pretensão em alterar dois artigos² do Código Civil reconhecendo como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família e a posterior conversão em casamento. Desde a apresentação do PLS³, diversas emendas foram oferecidas, ora reduzindo, até mesmo para retirar em definitivo a possibilidade de caracterização da união estável entre pessoas do mesmo sexo, ora ampliando o alcance do texto original, expandindo o comando para a adequação da codificação.

O Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013⁴, chamado de Estatuto das Famílias, considera a pluralidade familiar e propõe um microsistema misto. Inclusive, a sua apreciação está estacionada a requerimento da bancada evangélica⁵. O projeto é vivo e real e está localizado no mesmo campo de significados da resposta constitucional às demandas sócio-jurídicas.

A problemática será então construída em torno de processos históricos que permeiam a inclusão expressa das famílias homoafetivas na normativa. Compreender os ritmos que apoiam o projeto está para além da análise do processo legislativo. As alterações do comando legal, para serem acreditadas, demandam o conhecimento de determinadas variáveis em perspectiva histórica para revelar o sistema jurídico nas relações contemporâneas do direito das famílias.

No caso em análise com recorte específico do casamento e da união estável em relações homoafetivas, são considerados os diferentes movimentos conjunturais à luz das transformações sociais e comportamentais. Elas parecem influenciar as mudanças de mentalidades e autorizar alterações em determinados institutos jurídicos até então consolidados.

Acompanhar os diferentes momentos da legislação brasileira através da historicidade dos institutos casamento e união estável se faz necessário nesse caminho. Compreender como eles se apresentaram nos três principais movimentos legislativos impõe a abordagem

¹ O PLS foi protocolado em 29 de setembro de 2011 pela Senadora Martha Suplicy.

² Inicialmente, propunha-se a alteração do art. 1723 e art. 1726.

³ Projeto de Lei do Senado.

⁴ Proposta de iniciativa da Senadora Lídice da Mata

⁵ A análise do projeto foi suspensa a requerimento do senador Magno Malta (PR-ES).

histórico-jurídica do direito de família no país para revelar as (re)configurações familiares em espaço de realização da dignidade humana em uma sociedade plural.

Os objetivos específicos buscarão (i) apresentar as transformações legislativas referentes ao casamento e da união estável em diálogo com o afeto e uma atitude libertária; (ii) os avanços e eventuais retrocessos nessa jornada (iii) a amplificação da proteção e do alcance garantidor das famílias plurais através das alterações legislativas.

O direito das famílias tem complexidade transdisciplinar com outras áreas do conhecimento. A pesquisa será realizada através de revisão literária em interlocução com outras áreas de conhecimento para enfrentar o ora proposto. A legislação típica e correlata apoia a pesquisa. A jurisprudência, especialmente ao se considerar como significativo o ativismo judicial em sede de direito das famílias, desloca parte do suporte teórico para a análise de decisões dos Tribunais.

A base teórica que sustenta esse conhecimento poderá cada vez mais fornecer recursos ao alargamento do conceito de família. Os pontos de contato do país real com o legal permitem dimensionar as afinidades e as incoerências às quais as famílias homoafetivas se submetem, sendo a pesquisa um espaço privilegiado de reflexão a esses conceitos jurídicos.

1. O CASAMENTO LEGITIMANDO A FAMÍLIA BRASILEIRA

No Brasil Colônia, apenas o casamento possibilitava a formação da família conjugal. Ela tinha a força e o reconhecimento religioso, social e político para a aquisição de direitos, impondo deveres jurídicos e morais. Em uma sociedade eminentemente católica, em que a culpa implicava em castigo, o casamento sacramento impunha as suas regras.

O Direito Canônico, fonte das Ordenações do Reino, estruturava o matrimônio no tripé diversidade de sexos- monogamia- indissolubilidade do vínculo. Essa disposição interferia na descendência e tornava obrigatória a regularização da vida sexual das pessoas sob o risco de alijamento de direitos filiais. Regularizando a procriação, que deveria ser legítima, o casamento exigia a castidade e a fidelidade como deveres morais e jurídicos a serem satisfeitos pelas mulheres. Como sanção, a morte⁶. Isso permitira a certeza da origem dos descendentes e da nomeação familiar com repercussões no estatuto filial ao atribuir ao primogênito os direitos sucessórios.

⁶ Livro IV, Ordenações Afonsinas.

Esse modelo de unicidade patrimonial a impedir a divisão do patrimônio paterno mantinha os homens no entorno do lar de origem de forma por vezes beligerante, pois impunha uma dependência e submissão ao irmão não contemplado com bens materiais. Elemento objetivo de acolhimento e de pertencimento, a casa da família tem força para abrigar em seu entorno parentes e agregados, fortalecendo um único chefe, o pai.

Havia impedimentos matrimoniais impostos pela Igreja que também inibiam o casamento. As decorrentes do parentesco aliadas à exigência de identidade religiosa e de classe social para a realização de casamentos empurrava parte da população para uniões informais. Da mesma forma os valores cobrados para o ato, afastando a regularização. Buscavam-se respostas jurídicas que possibilitassem os arranjos, como a encontrada para os lugares com baixa densidade demográfica com o estabelecimento de “desponsórios do futuro” (PRIORE, 2013, p. 15), permitindo a convivência pública para casamento futuro.

Além desses elementos, havia a migração portuguesa em busca específica de riquezas com a intenção de exploração e de retorno à Metrópole após a obtenção dos resultados desejados. Esses homens geralmente viajavam desacompanhados de suas famílias e não traziam as suas mulheres ou filhas. Havia poucas portuguesas chamadas de mulheres brancas no Brasil do Séc. XVII (WEHLING, Arno e Maria José C.M. 2012. p.299-306). Sem elas, as noivas adequadas aos casamentos, as relações ficavam do lado de fora das famílias.

De fato, não havia como impedir os relacionamentos. No entanto, a informalidade inviabilizava a regularização, criando assim um grupo significativo de crianças sem o reconhecimento de suas posições filiais e de mulheres à margem de direitos. Sem a proteção jurídica e social, nascia um povo.

Esses casamentos organizados pela religião e pela lei atendiam a um público específico: os nobres católicos. Cada vez mais se fez necessário o afrouxamento em algumas regras, em especial no meio rural, que precisava descentralizar as regras de impedimentos para regularizar as famílias desse ambiente. Havia interesses econômicos e os casamentos revelavam contratos que envolviam os seus filhos e bens. A preservação de interesses daqueles grupos demonstra o caráter privado do instituto.

Ainda assim havia o reflexo da Igreja. As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, decorrente de um sínodo de 1707, pretendeu organizar a religiosidade no Brasil. Impunha regras às famílias, que deveriam respeitar de perpetuamente o contrato de vínculo indissolúvel pactuado entre um homem e uma mulher. O casamento eternizava o relacionamento e a submissão da mulher e dos filhos à autoridade do marido- pai.

Sem o casamento não haveria a legitimidade na filiação. Essa situação suscita um projeto de lei em 1855 propondo o casamento civil para os acatólicos. Sem êxito, surge novo projeto em 1856 para admitir o casamento civil para os protestantes. O casamento religioso, católico, seria mantido para os que professassem a fé e para os casamentos mistos⁷, permitindo a atribuição de direitos a brasileiros e a estrangeiros. Seria a admissibilidade da liberdade religiosa, o que então não era possível. O projeto de 1858 visava a obrigatoriedade do casamento civil, o que choca e revolta a instituição religiosa.

A tensão Estado-Igreja aumenta a partir da Lei nº 1.144 de 11 de setembro de 1861 que admite o casamento leigo para os acatólicos. A perda de poder da Igreja com o fim do privilégio de garantir a legitimação da família através do casamento religioso fez com que houvesse uma pressão capaz de obter a revogação na lei em 1865. A Igreja retoma o monopólio regulatório da família e o manterá até a República.

O fortalecimento do Estado laico foi demonstrado com a instituição em definitivo do casamento civil em 1890⁸. Reconhecer que “o casamento é um direito civil e tem efeitos civis: estabeleça-se o casamento do estado, o casamento civil...” (BARBOSA, 1872, p.92) implicou na sacralização dele ao mesmo tempo em que se instituiu o divórcio⁹ como capaz à separação de corpos, abre-se espaço para as demandas sobre a extinção do vínculo conjugal por ato entre vivos, já que até então só seria possível com a morte de um dos cônjuges.

O Governo voltara-se contra a Igreja e torna obrigatório o casamento civil antes do religioso, sob pena de prisão e de multa¹⁰. Apenas em 1934, na vigência do Código Civil de 1916, foram atribuídos os efeitos civis ao casamento religioso. É possível identificar que há um poder tangenciando o permissivo de constituição da família. Ambas as instituições não reconhecem a sua dissolução, fortalecendo a família como ambiente de realização da propriedade e dos contratos, o que será explicitado na codificação.

Elaborado em meio a ebulições sociais e políticas, o Código Civil advém de um longo processo de codificação que no Brasil tomou corpo a partir da *Consolidação* de Teixeira de Freitas, aprovada em 1858 por D. Pedro II. Atravessa a lei Áurea, os diversos projetos e a proclamação da República sem que seja efetivado. O investimento no pensamento iluminista e também do positivismo no país consolidará o sistema no Brasil um século após sedimentado na Europa.

⁷ Os casamentos contraídos entre pessoas católicas e de religião diversa são considerados mistos. A atribuição de validade era dependente do compromisso de educar os filhos dentro dos preceitos religiosos católicos.

⁸ Decreto Lei nº 181 de 24 de janeiro de 1890

⁹ Art. 109 Decreto nº 181/1891.

¹⁰ Artigo 2º do decreto 318 de 1890: "O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do acto civil, sera punido com seis meses de prisão e multa correspondente á metade do tempo".

Com base no Código Napoleão, a técnica busca a reunião de todas as variáveis em um único instrumento. A codificação representa uma nova forma de conceber a produção do direito (GROSSI, 2004, p. 87-120) e tem um modelo de supervalorização vontade estatal, com pouca abertura para outras fontes. Há uma ambivalência nessa construção, pois ao compactar e sintetizar o material cria-se um monumento jurídico que se pretende perene e imutável (HESPANHA, p.350).

A passagem da velha para a nova ordem jurídica impõe a distinção em seus elementos. Naquela o reconhecimento das desigualdades sociais era clara e regulava de forma desigual os desiguais; a nova ordem busca uma igualdade material que acaba por ocultar as condições sociais concretas. Se antes a lei protegeria tão somente os privilegiados, a busca pela igualdade vai implicar em uma lei abstrata, geral e impessoal e encontra na propriedade, nos contratos e na autonomia privada os seus principais institutos (WOLKMER, 2014, p.27-28).

A propriedade é relevante na nova lei. Ela favorece os acordos sociais e reúne em seu entorno pessoas com semelhantes interesses. Supervalorizado o patrimônio, cada vez mais o homem fortalece o seu poder. Em posição de vantagem em face da mulher, inferiorizada pela redução de sua capacidade civil pelo casamento¹¹, o marido é o chefe do lar conjugal, decidindo e gerenciando os bens integrantes da sociedade conjugal.

A conjugalidade impunha deveres recíprocos, com os homens em posição jurídica de vantagem. Os filhos só ingressariam no estatuto filial se nascidos do casamento, forma hábil à manutenção do nome e da fortuna da família. Só assim seria possível haver a transmissão sucessória, dependente do reconhecimento filial. Os ilegítimos ficavam à margem do núcleo familiar, como se recebessem a punição pela infidelidade parental.

Para tornar possível a sociedade conjugal, imprescindível que um homem e uma mulher manifestassem as suas vontades de forma inequívoca e solene para a autoridade estatal. A diversidade de gêneros sequer permeava qualquer debate sobre a constituição do vínculo.

O casamento indissolúvel impunha a permanência em relacionamentos não necessariamente harmoniosos. O patriarcado familiar estava consolidado no poder do dinheiro e nas diferenças decorrentes do gênero (RAMOS, 2012), impondo às mulheres um estado de submissão que não mais se pretendia suportar. O controle e a sujeição da mulher pelo e ao pai e marido vai se rompendo e a luta pelo voto feminino e a ocupação do mercado de trabalho tem importante papel nesse giro.

¹¹ Lei nº 3017/1916, art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

Ao sair do ambiente doméstico para o da rua, os vínculos de subordinação vão sendo rompidos, dentre eles o de permanecer em casamentos indesejados. No entanto, o Estado negava a dissolução do vínculo conjugal, o que impedia o reconhecimento de direitos às uniões informais, trazendo insegurança à realização das novas famílias.

Os custos financeiros e afetivos desses relacionamentos indissolúveis impediam as reconfigurações e mantinham os casamentos em um discurso moralista e conservador. O direito se afastava da sociedade, que aos poucos se realinhava em novas formatações. Advindas da vontade das pessoas e do afeto, surgiam novos desenhos de famílias.

O Código Civil de 2002, que levou 35 anos para ser debatido e aprovado, vai incorporar os avanços constitucionais, mas de forma limitada. Preferindo o casamento às uniões estáveis, já reconhecidas como entidades familiares de forma expressa no texto constitucional, organiza o rito civil em modelo semelhante ao religioso e ao já vigente.

As diferenças ou as omissões legislativas no que se referem às uniões informais reforça o entendimento de que o país atribui maiores e melhores garantias às pessoas casadas. A família formalizada pela celebração civil não precisa entrar em conflito com a informal para garantir o seu espaço e aos poucos as acomodações são realizadas no espaço público.

As transformações nos modelos familiares são expandidas para também recepcionar outros modelos relacionais. O preconceito deve ser enfrentado à luz do Direito das Famílias.

2. A UNIÃO ESTÁVEL E AS SUAS DIMENSÕES

O país reagia às famílias informais com o preconceito e negando os direitos familiares. Reconhecidas tão somente como sociedades de fato, ou civis, o tratamento despendido era excludente. Nesse panorama social, permitir a transmutação das uniões informais em casamentos só foi possível com o advento do divórcio em 1977¹². Instituto hábil a dissolver o vínculo conjugal e a permitir novos casamentos, ele possibilitaria a regularização de situações fáticas, incluindo esses grupos na proteção social e jurídica.

A demanda social encontrou resistências à sua realização. Manter o casamento indissolúvel era valor que se sobrepunha então às liberdades e às igualdades. Reflexo de um legislativo conservador estruturado em valores religiosos e patrimoniais, necessários 26 anos entre a apresentação da primeira proposta de divórcio e a sua aprovação.

¹² Lei nº 6.515 de 1977.

Mas para além da possibilidade de contrair novas núpcias, havia a necessidade de se debater e reconhecer as uniões que não recebiam a chancela estatal sem que isso as alijasse do reconhecimento como entidade familiar. A compreensão e que o casamento não seria a única forma de constituir grupos familiares implicava em causar grandes mudanças nas mentalidades. Para tanto, seria necessário ampliar o conceito de família e conferir direitos em novas orientações. A pauta vai exigir a tolerância com as liberdades de escolhas sem qualquer juízo de valor.

A concepção libertária de que não é atribuição do Estado interferir ou restringir liberdades fundamentais da liberdade humana (SANDEL, 2015, p.78) apoia a livre escolha de par e a informalidade ao constituir a família. Não se exige então a celebração de um contrato formal para ajustar essas relações, que se instituem pela vontade das pessoas em constituíres famílias.

Inicialmente chamadas de concubinatos, as relações informais eram divididas em dois grupos: os concubinatos puros e os impuros. Esses representam a infidelidade, a traição e falta de lealdade e não são acolhidos pelo direito. Aqueles são tão somente as uniões informais, que sempre existiram e têm regras protetivas desde o ano de 1912, caso do decreto que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro¹³ e admitiu a indenização em favor dos dependentes econômicos do falecido. Em 1975 foi possível inserir o sobrenome do companheiro ao nome da companheira, desde que houvesse impedimento ao casamento¹⁴.

O principal marco legal e social nesse percurso de atribuição de direitos familiares às relações informais decorre da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a união estável como categoria familiar. Os requisitos de publicidade, continuidade e durabilidade da relação e o objetivo de constituir uma família são evidenciados pelo *affectio maritalis*, na intenção de constituir uma família. Há elementos formadores da união equivalentes aos do casamento, especialmente aqueles que refletem o afeto e o companheirismo.

Duas importantes normas consolidaram esses direitos. A Lei 8971/1994¹⁵ instituiu o direito dos companheiros aos alimentos e ao direito sucessório, tornando-se, assim como o cônjuge sobrevivente, o terceiro vocacionado na ordem da vocação hereditária. A Lei nº 9278/1996 regulamentou o art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, instituiu o regime de bens para os companheiros através do regime legal supletivo da comunhão parcial de bens

¹³ Decreto nº 2681 de 1912.

¹⁴ Lei nº 6.015 de 1973, art. 57.

¹⁵ A lei nº 8971/94 recebeu o apelido de Lei da Concubina.

na ausência de pacto diverso, com o direito à meação de bens, e o direito real de habitação para os conviventes, garantindo o direito à moradia em caso de óbito do companheiro.

A extensão dos mesmos direitos, ou de similares, aos companheiros demonstrou a importância da família formada pela união estável. Essas garantias não serão mantidas ou prestigiadas na totalidade pelo Código Civil de 2002. Em que pese recepcionar a informalidade para garantir a constituição das famílias, a codificação ora vigente diferenciou direitos de cônjuges de direitos de conviventes, como pode ser demonstrado em especial no livro de direito das sucessões, impondo a busca de respostas no judiciário.

Ao diferenciar a sucessão do cônjuge da do companheiro, colocando esse em situação inferior àquele, o que só foi superado em maio de 2017 pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶ que reconheceu necessária a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, o legislador parece ter revelado a sua preferência pelo casamento. A decisão indica não haver hierarquia entre as modalidades de constituição de famílias e aprova a tese que “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil¹⁷”.

Presentes os requisitos de caracterização da união estável, que se aproximam daqueles do casamento¹⁸, salvo a previsão de uma pessoa casada poder constituir uma união estável com pessoa diversa. Para tanto, deve estar separada de fato de seu cônjuge. O princípio da monogamia também rege a união estável, inibindo simultaneidade relacional. Não se admite a concomitância nos relacionamentos familiares, que serão então considerados como concubinatos impuros e não obterão, em regra, efeitos jurídicos. O concubinato previsto na lei civil ainda não confere direitos familiares às uniões paralelas. A união estável encontra o seu espaço de atuação no direito das famílias; o concubinato, no obrigacional.

A obstinação da sociedade brasileira em atribuir efeitos às uniões informais encontrou a resposta jurídica que aprecia o afeto em um sistema relacional que não exige a celebração estatal. O fenômeno jurídico realizou a adequação legislativa que mais se aproximava da realidade social. A trajetória foi de longo movimento, acelerado pelo divórcio em 1977, marco da reestruturação do direito de família.

¹⁶ Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, ambos com repercussão geral reconhecidas e julgados em 10 de maio de 2017.

¹⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982> Acesso em 11 maio 2017.

¹⁸ Devem-se aplicar os mesmos impedimentos do art. 1521 da lei nº 10406/2002, exceto o inciso IV, das pessoas casadas, nos termos do Art. 1.723.

3. O RECONHECIMENTO DAS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

A família brasileira, miscigenada, patriarcal e patrimonial, se instituiu através de suas peculiaridades culturais e da religião católica. Monogâmica, legitimadora do nome, encara a descendência como um valor de unificação do grupo. Essa representação não acolhe e não discute a sexualidade, tampouco a homossexualidade.

As famílias não debatiam as diversidades nas orientações sexuais, pois sequer conviviam abertamente com elas. O tema tabu implicava no enfoque de doenças do instinto sexual. Considerada como um estado contrário a moral religiosa¹⁹ e também à da natureza, pois impedia a natureza humana de procriar, logo de criar a família legítima, a homossexualidade era reprimida através do silêncio e da segregação.

O deslocamento do assunto da religião, que tornara impura as relações homossexuais, para a medicina e psiquiatria, se deu no Séc. XIX²⁰ (PRETES e VIANNA, p. 319) mas não modificou o enfoque patológico. Considerada um distúrbio social, necessitava de tratamento e de combate para permitir a cura e a ressocialização do indivíduo. A adaptação do sujeito à sociedade estaria vinculada à norma e ambas desqualificavam os homossexuais.

A cultura heteronormativa excludente nega reconhecimento às escolhas homoafetivas, impedindo a realização dos afetos e a atribuição de direitos. A falta de condições favoráveis ao exercício das liberdades implicava na invisibilidade dessas famílias. Ao negar a configuração familiar pelo casamento ou pela união estável, o país aumentava o hiato entre a norma e o fato social.

As relações fáticas provocadoras de efeitos pessoais e patrimoniais eram deslocadas para o direito das obrigações de forma similar a que anteriormente se aplicara às famílias informais heterossexuais. Como se a recusa em reconhecer essas famílias fosse suficiente a bani-las. As tentativas de inibir os afetos são demonstrações de um Estado intolerante e conservador, que não pretende ver ou aceitar o sujeito em sua subjetividade plural. Considerar as famílias homoafetivas como tais e atribuir os direitos advindos da categoria ensejou uma luta e um valor a ser alcançado. A busca por igualdade permitirá a realização da família e a sua inclusão jurídica.

O ativismo judicial tornou-se importante nesse percurso, acelerando alguns movimentos. Por força de decisão judicial, o INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social – precisou regulamentar os procedimentos para a concessão de benefício ao companheiro ou

¹⁹ Contrariando o estado e a ordem natural das coisas.

²⁰ A primeira referência à expressão homossexual dataria de 1870 e teria sido usada pelo médico Westphal.

companheira homossexual²¹. Após a garantia de benefícios previdenciários, a luta continuou, pois eram negados os demais direitos decorrentes do direito de família sob o argumento que a diversidade sexual era uma premissa à família²².

A apreciação das condições à configuração das famílias homoafetivas foi lenta e demandou a atribuição de valor jurídico ao afeto. Compreender o exato alcance de realização da dignidade e da liberdade de escolha permite a configurar a entidade familiar. Na medida em que se reconhece que as escolhas são pessoais, abre-se um novo caminho às famílias igualitárias constituídas pela relação conjugal ou pela união estável entre pessoas do mesmo sexo²³.

As lutas sociais e políticas foram o caminho para substituir o estranhamento pela reorganização do ordenamento jurídico e possibilitar a inclusão das famílias igualitárias no estatuto familiar. A reeducação jurídica precisou observar a igualdade substancial para reduzir os efeitos das desigualdades, respeitando as diferenças e obstando o preconceito.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu, com repercussão geral em ADPF nº. 132/RJ e ADI nº 4.277/DF, reconhecer a possibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, as famílias homoafetivas. Atribuindo os direitos inerentes ao grupo familiar, proíbe a “discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles²⁴”. Reconhecendo os mesmos direitos e deveres aos casais hetero e homossexuais, a decisão tem efeito vinculante e prestigia a individualidade da sexualidade e a localiza na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo.

²¹ Instrução Normativa n. 25 de 07/06/2000. A regulamentação adveio de determinação judicial expedida pela juíza da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, com eficácia erga omnes.

²² STJ, RESP 502995 / RN, Recurso Especial 2002/0174503-5. Direito civil e processual civil. Dissolução de sociedade de fato. Homossexuais. Homologação de acordo. Competência. Vara cível. existência de filho de uma das partes. Guarda e responsabilidade. Irrelevância. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do direito das obrigações. Quarta Turma. Min. Relator Fernando Gonçalves, julgado em 26/04/2005.

²³ De acordo com os PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, documento consolidado em Conferencia realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, compreende a “orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”. Disponível em http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf

²⁴ Ementa da decisão proferida na ADPF nº 132, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

Considerando que a união estável admite a conversão em casamento, surgiram novas demandas: a) a de conversão; b) a de celebração de casamento direto, sem que se fizesse necessário passar pela união estável. A busca de integralização e direitos das famílias impõe o permissivo, por vezes negados por cartórios, Tribunais²⁵ e por doutrina religiosa sob a roupagem de jurídica²⁶.

O avanço advindo do ativismo judicial tem demandado críticas que indicam a necessidade de alterações expressas na legislação para que seja possível efetivar os direitos dos cidadãos. Os instrumentos legais se fazem necessários para garantir o próprio Estado e a segurança jurídica.

4. O VÁCUO LEGISLATIVO PARA AS FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS.

Nesse momento da pesquisa, são apresentados os projetos e considerada a lacuna normativa, tecendo argumentos que permitam avaliar a necessidade de mudanças expressas na legislação. A interpretação conforme a Constituição tem dado origem a uma irresignação de estratos conservadores da sociedade que parecem dificultar os avanços já obtidos e que insistem em retrocesso social. A questão vai implicar no conhecimento e debate de propostas que formalmente garantam o real alcance das decisões igualitárias às famílias plurais.

As decisões do STF e as orientações do CNJ, harmônicas entre si e com o sistema jurídico, admitem interpretações extensivas e se expressam também através da analogia. O cenário jurídico brasileiro tem desafios para preencher o vazio normativo para que essas famílias possam ter formalizados os seus direitos e a sua natureza jurídica.

Em 2011 foi apresentado o projeto de lei do Senado PLS nº 612 propondo, originariamente, a alteração dos arts. 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o

²⁵ TJRJ, AC 0062414-15.2012.8.19.0000. Relação Homoafetiva. Conversão de União Estável em casamento postulada por pessoas do mesmo sexo. Impossibilidade. Inexistência de amparo legal. Princípio da separação dos poderes que desautoriza o judiciário a atuar como legislador positivo. Decisão apelada que merece confirmação 3. O ordenamento jurídico em vigor, ao dispor sobre o casamento civil, faz clara alusão aos vocábulos 'homem' e 'mulher', como mostram os arts. 226, p.5º da Constituição Federal e arts. 1.514, 1.517, 1.535 e 1.565 do Código Civil. Com isso, exige-se a presença de duas pessoas, de sexos distintos. 4. A presença dos vocábulos 'homem' e 'mulher' no texto legal desautoriza, por conclusão lógica, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. O legislador positivo poderia ter tratado o casamento civil sem fazer alusão ao gênero sexual dos interessados, mas optou por exigir a presença de um homem e de uma mulher. E a lei não contém palavras ou expressões inúteis, como ensina o princípio basilar da hermenêutica jurídica "verba cum effectu sunt accipienda". Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 08/05/2013. Órgão Julgador Sétima Câmara Cível, Relator Des. Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho.

²⁶ Ives Gandra acredita que "o STF acabou por esvaziar o sentido da união homem-mulher" e que "não é possível igualar o que, por lei natural, é desigual" (2012, p. 294)

reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo²⁷. Incluindo na codificação a expressão duas pessoas, aonde grafado homem e mulher, expressamente ampliaria o alcance da norma. O PLS parecia ter avançado. Em 8 de março de 2017 o Senado, através da CCJ, o aprovou inicialmente em caráter terminativo. A interposição de recurso para que o projeto seja apreciado pelo Plenário do Senado possibilita o recebimento de outras emendas, atrasando o encaminhamento para a Câmara dos Deputados.

Com as mudanças sociais e a interpretação dos Tribunais sobre a amplitude e pluralidade do vocábulo e do instituto família, o PLS sofreu diversas propostas de emendas e até mesmo de modificações de quase o desfigurar. Em 2017, a emenda 4-S propôs a permanência do texto original do Código Civil sob o argumento que “a Constituição Federal consagra o casamento como a união entre um homem e uma mulher, não podendo, portanto, o Código Civil prever situação diferente²⁸”, não incluindo as novas famílias. A emenda demonstra não apenas o caráter conservador das instituições brasileiras, mas também a intolerância às liberdades e realizações.

Por ferir o princípio jurídico da instrumentalidade das formas, já que de caráter substitutiva, e também em respeito à resposta advinda do julgamento da ADPF nº 132 em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, a emenda foi rejeitada. Foi então adotado o substitutivo para nº 3- CCJ (substitutivo) para alterar os arts. 1. 514, 1.535, 1.565, 1.567, 1.642, 1.664, 1.723 e 1.726 do Código Civil de forma a permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, acolhendo as transformações familiares e respeitando os direitos civis em relações homoafetivas.

Após o PLS, e exatamente por considerar a interpretação extensiva e vinculante da decisão em ADPF nº 132 que atribuiu aos casais homossexuais o direito à união estável, para efetivar a decisão do STF e a realização dos direitos fundamentais, o Conselho Nacional de Justiça em 2013 publicou a Resolução nº 175²⁹. Proibindo a discriminação à efetivação da celebração, organiza o procedimento para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

²⁷ **Explicação da Ementa:** Altera a redação do art. 1.723 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) para reconhecer como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família; altera a redação do art. 1.726 da referida Lei para prever que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração, produzindo efeitos a partir da data do registro do casamento. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>

²⁸ Parecer (SF) nº 31, de 2017

²⁹ Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O efeito vinculante da decisão proferida na ADPF nº 132, de eficácia *erga omnes*, ao reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo a aplica a todo o estatuto familiar. Considerando que a união estável pode ser convertida em casamento, também é possível o casamento direto, sem que se faça necessária a ponte do estado convivencial prévio para se atingir o casamento como objetivo.

Ainda assim, parece haver resistências a essas constituições de famílias. A conformação moral legiferante, avesso às ressignificações, pretende manter o padrão até então dominante. O Partido Social Cristão (PSC) propôs a ADI 4966 por suposta usurpação de competência legislativa na edição da resolução, no caso tratada como ato normativo primário³⁰.

No difícil equilíbrio entre o país real e o legal, é apresentado na Câmara dos Deputados em 16 de outubro de 2013³¹ o projeto de lei nomeado de Estatuto da Família³². Pretendendo configurar a família em modelo binário “a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, o conceito reduz o alcance da família.

De outro lado há PLS nº 470/2013, o Estatuto das Famílias. O projeto compreende a família à luz da sociedade contemporânea e de suas realizações sociais. Considera o direito à família um direito fundamental de todos e busca formas de os garantir. Nesse sentido, indica a necessária proteção à família em qualquer de suas modalidades e as pessoas que a integram. Para aperfeiçoar a normativa, pretende revogar os artigos do Código Civil que se referem ao direito das famílias e deslocá-lo para um microsistema único, próprio e especializado. O projeto tem encontrado dificuldades em tramitar, com forte resistência da bancada evangélica.

Havia ainda outro ponto a ser enfrentando: o de registro civil para os filhos nascidos sob o signo das reproduções assistidas ou por gestação por substituição de casais homossexuais. A falta de previsão legal para o registro dificultava o reconhecimento e a proteção estatal. Os fatos sociais decorrentes das novas relações familiares ensejou uma atividade também do CNJ. O provimento nº 52 de 14 de março de 2016³³ organizou a “uniformização em todo território nacional do registro de nascimento e da emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnica de reprodução assistida, de casais

³⁰ art. 103-B, II da Constituição Federal

³¹ Proposto pelo Deputado Federal Anderson Ferreira, PR/PE.

³² PL 6.583/2013.

³³ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>

heteroafetivos e homoafetivos”, demonstrando não ser possível considerar o critério biológico como o único suscetível de caracterização do vínculo.

A proteção ao desenvolvimento da personalidade de todos os membros integrantes da família, vedando quaisquer manifestações discriminatórias aos filhos, tornou possível a integração ao núcleo familiar desde o nascimento. Admitir que o registro civil seja lavrado desde logo em nome dos pais afetivos e jurídicos, não necessariamente os biológicos, não mais se fazendo necessário o registro civil em nome dos consanguíneos ou de autorização judicial ao registro, demonstra a inclusão. O Estado, ao prever e criar possibilidades de realização e satisfação de tão importante identificador social e jurídico consolida o indicativo da ascendência familiar sem marcador de origem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem pretender exaurir o tema, o estudo ilustra pontos nevrálgicos enfrentados pelas famílias homoafetivas para o seu reconhecimento como suscetível de proteção e de atribuição de efeitos jurídicos. No percurso, foram apresentados os diferentes compassos de alguns institutos do estatuto familiar ao longo da cultura jurídica brasileira e o enfrentamento pelos Códigos Civil de 1916 e de 2002.

A falta de conexão entre a família e o Estado parece demonstrar um movimento conservador deste, que resiste às mudanças daquela e deixa sem resposta jurídica a sociedade. O engessamento das normas não adveio do sistema monolítico da codificação, mas do ritmo lento na produção de instrumentos normativos que espelhem a formação da família. Acredita-se que as alterações legislativas se façam necessárias não apenas para o reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, mas também para a organização normativa dessas famílias.

Os dois projetos de lei do Senado e as duas resoluções do CNJ são os principais instrumentos que buscam ressignificar as famílias. Constituído as únicas fontes de equilíbrio sócio jurídico, contém as condições que podem levar ao sucesso ou ao fracasso, para além do discurso ideológico, da segurança jurídica das famílias. A demora e as resistências mostram o caráter conservador e a incompreensão social do legislador, distante da sociedade em que vive e que deveria representar.

A experiência histórica expressa valores de uma cultura tradicional cristã. A passagem para um modelo de liberdades, repleta de lutas pela conquista de direitos humanos e sociais, é demorado. A aceleração do movimento se deu em 2011 e adveio da exigência social aliada ao

ativismo judicial. Mesmo tendo como marco ao acolhimento das demandas de famílias igualitárias a Constituição Federal de 1988, se faz necessária uma produção legislativa significativa para a efetiva aplicação dos princípios.

A “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012, p.25) autoriza a nova ordem jurídica a recepciona a família advinda do casamento e da união estável sem que haja qualquer hierarquia entre elas. Também admite que a incorporação dessas ideias ampliem as possibilidades relacionais sem qualquer discriminação de direitos conjugais ou parentais, consentindo e realizando a família eudemonista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DIAS, M. **Manual de Direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de.e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Volume 6. Famílias.7ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- GAGLIANO, P. S. e PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil. Direito das famílias. A família em perspectiva constitucional**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GANDRA. I. S.M. **Direitos Fundamentais**. in Tratado de direito constitucional, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- LÔBO, P. **Direito-dever à convivência familiar**. Direito das Famílias / Maria Berenice Dias Organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. Vol. IV. Direitos Reais 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PRETES, Érika Aparecida & VIANNA, Túlio. 2008. **História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo**. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia & ABREU, João Francisco (orgs.). Iniciação Científica: destaques 2007 Vol. I. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas. p. 313-392.
- PRIORE, M. **Conversas e histórias de mulher**. São Paulo: Planeta, 2013.

RAMOS, F.P. **A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas so Século XVI.** In: PRIORE, M. História das crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2009.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

WEHLING, Arno e Maria José C.M. **Formação do Brasil Colonial.** 1994. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. 5ª edição, 2012.

WOLKMER, A.C. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

Sites consultados:

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988) Constituição Federal da República Federativa do Brasil. De 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.

_____. Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 – Estatuto da mulher casada. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, Brasília, DF

_____. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

_____. Lei nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 134, n. 248, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 612/2011.

_____. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça.

_____. Projeto de Lei nº 6.583/2013. Estatuto da Família.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 470/2013. Estatuto das Famílias.

_____. Provimento nº 52 do CNJ de 14 de março de 2016.