



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Mestrado em Direito

Emanoella Rodrigues Remigio de Oliveira

**A LIBERDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A
QUESTÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS**

Recife/PE
2010



Emanoella Rodrigues Remigio de Oliveira

**A LIBERDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A
QUESTÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS**

Dissertação apresentada ao programa de mestrado em direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Profº Orientador Doutor Jayme Benvenuto Lima Júnior

**Recife/PE
2010**

O481

Oliveira, Emanoella Rodrigues Remigio de

A liberdade de constituir família como direito fundamental :
a questão das uniões homoafetivas / Emanoella Rodrigues Remigio
de Oliveira ; orientador Jayme Benvenuto Lima Júnior, 2010.

152 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Curso de Mestrado em Direito, 2010.

1. Companheiros homossexuais. 2. Relações homoafetivas.
3. Homossexualismo. 4. Direitos humanos. I. Título.

CDU 34:613.885

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Emanoella Rodrigues Remigio de Oliveira

**A LIBERDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA COMO DIREITO
FUNDAMENTAL: A QUESTÃO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS**

Dissertação apresentada ao programa de
mestrado em direito pela Universidade
Católica de Pernambuco – UNICAP,
como requisito parcial para a obtenção
do grau de mestre.

Aprovado em 06 de julho de 2010.

Jayme Benvenuto Lima Júnior
Orientador

Fabíola Santos Albuquerque
Examinadora externa – Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Luciana Leila Fontes Vieira
Examinadora – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

Recife
2010

**“O legislador não cria a família,
como o jardineiro não cria a primavera.”**

Virgílio de Sá Pereira

**À minha mãe, Professora Rosinete,
por todos os ensinamentos.**

Agradecimentos

Tenho certeza que nas próximas linhas irei causar algum tipo de injustiça ao não citar o nome de alguém especificamente. Por favor, perdoe-me se esse alguém for você. Saiba que não faço por ingratidão, mas porque minha memória às vezes acaba me traindo. Os anos de luta e correria para finalizar este trabalho exigiram a participação de muitas pessoas na minha vida, direta e indiretamente. Sou enormemente grata a cada uma delas! Poderia dizer que todas as pessoas que passaram pela minha vida, de uma forma ou de outra, me ajudaram a construir este tão sonhado e suado trabalho. Ou por me ajudarem a ser uma profissional melhor, ou por me ensinarem a ser um ser humano melhor, agradeço a todos aqueles que um dia eu já conheci.

Foram quase dois anos e meio, aproximadamente 765 horas na estrada, em torno de 50880 km rodados, uma média de 192 passagens entre Maceió e Recife, para chegar até aqui. Agradeço a Deus pela oportunidade de ter percorrido tudo isso com saúde e paz. Muito obrigada!

Deus tem me abençoado grandiosamente desde o dia em que eu nasci. Primeiro por ter me dado os pais que me deu, depois por ter realizado as coisas em minha vida no tempo dele, e não no meu. Agradeço a Ele pelas graças concedidas durante toda minha caminhada. Agradeço a minha mãe por toda companhia, auxílio, suporte (moral, material e espiritual), palavras de incentivo e paciência, sem os quais eu jamais teria conseguido, especialmente nos momentos finais. À eterna Professora Aldir Remigio, a quem tenho a honra de chamar de minha prima, pelo exemplo de força e coragem. Ao Dr. Josinaldo Rodrigues e toda sua família, muito obrigada por me abrir sua casa e oferecer um teto no período em que tive que deixar a minha própria casa para correr atrás deste objetivo. Especialmente minha prima Kelly, por me conceder um espaço em seu quarto, onde pude criar um lugarzinho meu para recompor minhas energias para as batalhas diárias. À Dra. Taisy Costa pelo incentivo, palavras de conforto, apoio e carinho constante.

Sou grata a todos aqueles que fizeram e fazem parte da minha caminhada profissional, aos meus amigos e companheiros de Maceió. À Dra. Ana Florinda Dantas, por seguir me orientando desde os dias da faculdade; Ao seu filho, Dr. Frederico Dantas, pelo apoio gratuito e genuíno em um dos momentos mais significativos da minha vida; À Dra. Fátima Pirauá por ensinar-me com sua simplicidade de Juíza a ser uma grande mulher. Agradeço a todos os meus amigos do IBDFAM, especialmente a família do IBDFAM de

Alagoas por acreditarem na minha capacidade. À Estela Omena e Silvio Pimentel pelo incentivo e torcida.

Agradeço imensamente aos meus alunos e amigos professores da FAMA – Faculdade de Maceió, pelo incentivo. Especialmente à Manuella Gatto, Maria Luiza Souza, Ana Luiza Fireman e Beclaute Oliveira Silva pela incalculável ajuda nos momentos finais, muito obrigada! Ao Professor Adrualdo Catão pela atenção.

Muito obrigada aos Professores do quadro do Mestrado em Direito, da Universidade Católica de Pernambuco, pelas aulas maravilhosas e encontros sempre festivos. Meus especiais agradecimentos á Professora Virgínia Colares pelo auxílio constante e por ter me recebido como sua aluna no estágio de docência. Meu muito obrigada ao meu Professor e Orientador Jayme Benvenuto, por todos os ensinamentos indispensáveis à construção deste trabalho. À Professora Fabíola Albuquerque, da UFPE, pela acolhida e orientação que me fizeram caminhar com mais segurança.

Obrigada a equipe da secretaria do Mestrado, pelo socorro constante. E meu grande, afetuoso e carinhoso muito obrigada, aos amigos do mestrado, que fizeram desse curso um mundo mágico que levarei na minha memória para sempre!

Agradeço a todos que um dia eu já conheci. Inclusive a você que neste momento me ler por dedicar alguns segundos de seu precioso tempo àquilo que eu tenho para dizer. Meu Muito Obrigada.

Resumo

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade do reconhecimento jurídico de novas formas de famílias advindas da união entre pessoas do mesmo sexo. Partindo do pressuposto de que a sociedade reclama por uma nova estrutura na prestação das relações jurídicas, além de uma nova estrutura na satisfação do direito pleiteado, a presente pesquisa tem por objetivo traçar um paralelo entre a trajetória das normas jurídicas que disciplinam as relações familiares e os novos arranjos sociais que constituem a família contemporânea em razão dos novos conceitos estabelecidos pela sociedade do séc. XXI, ainda em razão de o Estado possuir a responsabilidade de adequar os meios e os fins, com o intuito de garantir a melhor e plena aplicabilidade do direito. Busca-se identificar o novo conceito de família, a partir do art. 226 da Constituição Federal e dos Princípios Constitucionais, agregado a pluralidade de arranjos sociais identificáveis. Ademais, apresenta a preocupação em estabelecer essas novas regras jurídicas do direito de família em consonância com a realidade social do território brasileiro, para que garanta o acesso pleno à justiça, bem como respeito ao princípio da isonomia e da liberdade nas relações intersubjetivas.

Palavras-chave: União Homossexual, Homoafetividade, Entidades Familiares Homossexuais.

Abstract

This study aims to examine the possibility of legal recognition of new forms of families arising from the union between same-sex. Assuming that society calls for a new structure in the provision of legal relations, and a new structure in the satisfaction of the right claimed, this research aims to draw parallels between the trajectory of the legal rules that govern family relations and new social arrangements that constitute the contemporary family as a result of new concepts established by the society of the century XXI, yet because of the state have the responsibility to adapt the means and ends, in order to ensure the best and full application of the law. Seek to identify the new concept of family, from the art. 226 of the Federal Constitution and Constitutional Principles, attached to the plurality of identifiable social arrangements. Moreover, it presents the concern in establishing these new legal rules of family law in line with the social reality of Brazil, to ensure full access to justice and respect for the principle of equality and freedom in interpersonal relations.

Keywords: Homosexual family entities, homosexual union, homosexuality.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1 FAMÍLIA – O DIREITO DE TER.....	24
1.1 O papel historicamente desempenhado pela família	26
1.2 As relações pessoais e o fenômeno jurídico	35
1.3 Transformação do direito de família brasileiro.....	37
1.4 Pela Constitucionalização de um direito e a Livre Formação da Família.....	39
2 HOMOSSEXUALIDADE – O DIREITO DE SER.....	46
2.1 Identidade sexual.....	48
2.2 O exercício da sexualidade sob diferentes perspectivas.....	52
2.3 Percebendo a homossexualidade.....	57
2.4 Direito ou defeito?.....	63
3 UNIÕES HOMOAFETIVAS – A MATERIALIZAÇÃO DE UM DIREITO.....	68
3.1 As relações homoafetivas como entidades familiares.....	71
3.2 Princípios norteadores das relações homossexuais.....	76
3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	79
3.4 Princípio da Liberdade.....	80
3.5 Princípio da Igualdade.....	81
3.6 Princípio da afetividade.....	82
3.7 Da lacuna legislativa quanto às relações entre pessoas do mesmo sexo.....	83
3.8 Direito comparado.....	91
3.9 Evolução doutrinária e jurisprudencial do Direito das relações homoafetivas.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
BIBLIOGRAFIA.....	111
ANEXOS.....	116
Anexo 1 – Projeto de Lei nº 1.151, de 1995, da Deputada Marta Suplicy.....	117
Anexo 2 – Substitutivo apresentado pelo relator e adotado pela comissão ao projeto de Lei nº 1.151, de 1995.....	120
Anexo 3 – Projeto de Lei nº 5.252, de 2001, do Deputado Roberto Jefferson.....	123
Anexo 4 – Projeto de Lei nº Projeto de Lei Nº 2.285/2007, Estatuto das Famílias.....	127

INTRODUÇÃO

Para Aristóteles, Igualdade e Liberdade constituem fundamentos da Democracia¹. Sua concepção de governo traduz a idéia de um Estado formado pela participação de seus cidadãos, mesmo que historicamente ele referia-se a uma minoria social – os chamados *homens livres*. A Igualdade seria a primeira propriedade e o objetivo do próprio sistema de governo, ressaltando-se que dele surge a precípua caracterização de Igualdade, inclusive, na proporção da desigualdade de alguns. Tais valores, para o Filósofo, haviam de ser vistos como fundamentos, atributos daquela forma de constituição do poder estatal.

Um Estado fundado no princípio da liberdade preocupa-se em garantir a realização desse valor nas mais diversas perspectivas sociais. Em um primeiro momento tendo sido agregado a uma carga de direito natural do homem, inerente à sua própria existência, o fundamento passou a ser reconhecido como necessário à vida em sociedade, especialmente no que concerne ao modelo de governo denominado democracia. Ser livre é poder ser condizente com sua própria natureza de ser homem ou mulher, branco ou negro, jovem ou velho, anatomicamente perfeito ou não, e ser respeitado como tal diante de qualquer força política, religiosa ou cultural. Ser livre é poder determinar-se autonomamente.

A necessidade de consagrar tais direitos, considerados naturais, como indispensáveis à evolução social, sentimento muito favorecido pelo Cristianismo, deu causa às primeiras tentativas de reconhecimento jurídico desses valores.

O princípio da liberdade tem sido proclamado nas mais diversas declarações constitucionalistas desde o séc. XVIII. Pregada como indispensável à política de desenvolvimento dos Estados mais modernos, o direito à liberdade tem sido repetido em todos os textos que buscam indiscutivelmente erradicar qualquer forma de segregação social.

Inicialmente, em 1776, a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia já mencionava o direito à liberdade e à igualdade, declarando que todos eram possuidores desses direitos desde seu nascimento. O homem declarado livre não possuía uma liberdade no sentido unicamente político, mas em toda sua magnitude. Tal liberdade se estendia desde o direito a adquirir propriedade, até o direito de gozar a vida e ir em busca de sua felicidade. Servindo esse documento como parâmetro para tantas outras declarações que surgiram em seguida. Assim, consagrava:

¹ ARISTÓTELES. *Política*. III e IV. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.²

A tríade sagrada liderada pela liberdade, seguida pela igualdade e acompanhada pela fraternidade remonta à Revolução Francesa em 1789. Com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, naquele ano, o conteúdo dos direitos ganhava outra dimensão. No entanto, naquele momento, a sociedade declarava apenas sua sede de mudança, consequência de uma política absolutista sufocadora por anos a fio. A consagração jurídica do princípio da liberdade só é dada posteriormente, nas Constituições Francesas de 1791 e de 1848, inicialmente como uma virtude cívica e, posteriormente, declarada como Direito Fundamental.

Passados mais de dois séculos desde 1776, com as primeiras linhas sobre declaração de direitos, o mundo recebe como marco aquela que se tornou o principal elemento caracterizador na luta pelos direitos humanos – a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Proclamada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagra, em seu artigo primeiro, a mesma preocupação quanto à liberdade natural do homem e sua igualdade em dignidade e direitos perante seus semelhantes, declarando que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.³

Estando o mundo envolvido num clima de pesadelos sociais, consequentes do pós-segunda guerra, a Declaração Universal dos Direitos do Homem faz ressurgir sentimentos manipulados e massacrados durante anos pelos regimes nazistas e totalitários. Sua inovação não consta do texto escrito, dividido em 30 artigos, em que ali também o princípio da liberdade engloba a dimensão tanto política quanto individual, mas a grande contribuição caracteriza-se pela intenção de que aquela conduta fosse propagada socialmente e culturalmente, além de buscar sua promoção nos países ao redor do mundo.

O processo de adoção da declaração, como um compromisso moral e humanitário, pelos países membros, deu-se não apenas com a inclusão de medidas progressivas de caráter

² Art. 1º da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776.

³ Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

nacional e internacional, mas, e principalmente, com a inserção de alguns daqueles valores em algumas constituições, de forma a promulgarem tais direitos como Direitos Fundamentais.

Nesse mesmo rumo, encontra-se a Constituição Federal Brasileira. Ao ser promulgada em 1988, o novo poder constituinte consagrou no artigo 5º do texto constitucional o rol daqueles que representariam o pilar da sociedade e o guia de comportamento adotado e tolerado no novo Estado que se formava. De fato, vale relembrar o panorama político vivido à época.

Tendo sido palco de uma política ditatorial, na qual reinou, durante muito tempo, a força sem medidas das mãos de ferro dos militares, o quadro jurídico brasileiro almejava por uma Constituição capaz de devolver a dignidade ao semblante social. Dessa forma, ao promulgar a nova Carta Magna daquele Estado Democrático de Direito, o constituinte originário teve o cuidado de cerca-se de todos os direitos primariamente necessários aos homens, zelando ainda para que esses direitos e garantias não pudessem mais ser indevidamente roubados pelo poder estatal.

Nessa perspectiva, estão delineados, no art. 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais, considerados cláusulas pétreas. Ainda sob o pavor da repressão experimentada em anos anteriores, a sociedade brasileira iniciou um novo ciclo político arraigado nos princípios da democracia. Esta democracia, fruto de muitos movimentos sociais, recuperou aos poucos o semblante saudável do que deveria ser uma sociedade moderna do século XX, fazendo circular novamente oxigênio nos pulmões brasileiros.

Este novo ar, que recuperou a vida social, só pôde ser de fato aspirado porque proporcionou meios e condições dignas aos cidadãos de sentirem-se como tais outra vez. Aquele novo texto constitucional, fruto da modificação por que passou o país, inaugurou direitos como a igualdade constitucional entre homens e mulheres, inviolabilidade do domicílio, saúde e seguridade social, por exemplo, que surgiram para romper com padrões preconceituosos de outrora, assegurar segurança e dignidade jurídica e social.

O art. 5º da Constituição Federal, que encabeça o título dos direitos e garantias constitucionais, primou por, mais uma vez, repetir o que se tornou quase uma oração para um Estado Democrático, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade. Declarando, nestes termos, que todos teriam isonomia jurídica, recebendo tratamento igualitário perante a norma e o Estado, garantindo a liberdade individual.

Os direitos fundamentais são intrínsecos ao homem. Constituem direitos institucionalmente garantidos, nascem da própria natureza humana e, desta forma, possuem

um caráter inviolável. Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não intencionou enumerar os direitos fundamentais, uma vez que além dos que ali se encontram outros podem ser admitidos, decorrentes dos próprios princípios adotados em seu texto legal.

Observamos, dessa forma, que, dentre os direitos fundamentais explicitamente assegurados, encontra-se o da Liberdade Constitucional. Aquele que Aristóteles considerou fundamento da democracia tornou-se Princípio no Estado Constitucionalizado, e constitui um dos direitos cujo objeto é imediato. Esta liberdade, assegurada constitucionalmente, busca incorporar as diversas formas de ser livre e sentir-se livre que um ser humano pode ter. É este direito fundamental, por alguns dito direito da própria natureza do espírito humano, que vai compor, o que, nas palavras do filósofo, constitui a alma da democracia.

A liberdade individual de locomoção, de pensamento, da sexualidade, de associação, de reunião e de agir é o que consubstancia a liberdade fruto do comportamento humano, e está presente em todos os ramos do Direito. Civilmente, esta liberdade encontra-se presente em todos os atos da vida, podendo, inclusive, sua violação constituir vício do ato jurídico, levando ao desfazimento ou desconstituição do negócio. Nos termos do Código Civil, o ente dotado de personalidade jurídica é livre para dispor do próprio corpo; é livre para realizar negócios jurídicos; é livre para aceitar ou não encargos que lhe for admitidos; é livre para gerir quanto aos seus interesses; é livre para administrar seu patrimônio; é livre para constituir família.

Esta liberdade, precipuamente garantida como direito fundamental, na dimensão individual, busca assegurar que todos possam realizar-se completamente, seja no meio profissional ou no plano pessoal. No direito de família, a liberdade do ser humano encontra-se profundamente conectada à sua realização pessoal. A liberdade de constituir família supera o simples direito de querer casar-se ou não, vai além. A liberdade de constituir família poderia, inclusive, ser considerada um direito natural, declarado desde 1776, na essência de busca e realização da felicidade.

A evolução social, cultural e religiosa que acompanha a sociedade produz diversas mudanças na vida cotidiana que, muitas vezes, precisam ser acompanhadas por mudanças também no mundo jurídico. Essa propulsora quebra de certos padrões – padrões estes “engessados” durante décadas, senão séculos, com critérios de serem unicamente corretos e admitidos, consequência, principalmente, dos dogmas religiosos impostos pela igreja, é a maior causa das alterações sofridas na vida política, jurídica e social dos últimos anos.

Na sociedade do século passado, a única família juridicamente reconhecida era aquela constituída pelo casamento civil. É o art. 226 da Constituição de 1988 que inaugura a inclusão de novas formas de família, quais sejam, a união estável e a família monoparental, que passam a ser consideradas entidades familiares.

Até aquele momento, as relações afetivas entre homem e mulher livres, por exemplo, que viviam como se casados fossem, eram discriminadas social e juridicamente, carregando uma mancha de preconceito significativa. Denominadas, em um primeiro momento, de concubinatos, quando batiam às portas do judiciário, obtinham apenas alguns direitos patrimoniais, mas nenhum reflexo de direito de família.

Este comportamento, que já não era tão alienígena no meio social, só passou a receber seu devido respeito quando inseridos e reconhecidos constitucionalmente. Tarefa esta que foi consequência do novo padrão da família brasileira e recebeu o nome de união estável.

Situação semelhante enfrentaram os núcleos familiares formados por pais separados. Com o advento da lei nº 6.515 de 1977, conhecida como lei do divórcio, foi finalmente possível extinguir o vínculo conjugal entre homem e mulher que, por diversas razões, já não dividiam o mesmo teto nem os mesmos interesses, no entanto não eram completamente livres, sendo forçados a permanecerem presos pelos laços jurídicos do matrimônio.

Como produto daquelas famílias, que por motivos diversos começaram a ser subdivididas, surgiam novos núcleos familiares formadas por um dos pais e seus descendentes, em sua maioria pela mãe e sua prole. Também aquela situação era discriminada socialmente, por haverem rompido com a verdade irrefutável da igreja, para a qual o casamento deveria ser uma instituição indissolúvel. Os filhos de mães separadas acabaram sofrendo a crueldade do preconceito de uma culpa que não possuíam. Apenas com o reconhecimento da família monoparental, pela Constituição Federal, estas famílias foram recepcionadas não só juridicamente, mas principalmente pela tolerância social.

A família representa o núcleo de formação dos interesses individuais e coletivos na sociedade. Durante toda a história, é possível identificar a formação do ser humano por meio dela. Assim, pode-se dizer que ela é o embrião social. De fato, a família é considerada a base da sociedade e recebe proteção especial do Estado. A entidade familiar se constitui da reunião de pessoas ligadas pelo vínculo de sangue, de parentesco civil, ou até afetivo.

Antes de haver o Estado, já existiam as famílias. Nela se formam os valores que seguem cada um de seus integrantes ao longo de sua existência. Ela é a primeira célula de

interação social do sujeito e terá grande influência no desenvolvimento da vida do indivíduo. É através dela que nos incluímos no convívio social.

Durante muito tempo, a estrutura familiar estava organizada com base nos princípios de hierarquia e autoridade masculina. O homem detinha a titularidade e autoridade na família, exercendo poder absoluto sobre a mulher, os demais membros de sua família, e sobre seu patrimônio. A ele estava designada a atribuição de prezar pelo desenvolvimento social, econômico, patrimonial e principalmente religioso de todos os seus subordinados.

No entanto, este velho modelo patriarcal, no qual a família existia para fins unicamente de procriação, religioso e patrimonial, sofreu sérias e significativas modificações. A família anteriormente calcada em interesses financeiros, imortalizada pelo vínculo do casamento, com finalidade de cunho patrimonial e de procriação, para que houvesse um herdeiro legítimo que pudesse levar adiante o dogma religioso, será substituída por uma família mais descentralizada, passando, o Estado, a se ocupar de obrigações anteriormente designadas a esses núcleos.

A Constituição representou uma evolução significativa quanto ao panorama social, conferindo dignidade a cada ente de uma família. A partir de então, não mais se faz diferença entre filhos ditos legítimos e ilegítimos, a mulher teve seus direitos iguados aos dos homens; a família deixou de ter apenas aquela tradicional finalidade de procriação, mas estava fundada no princípio da afetividade; a união estável deixou de constituir uma forma marginalizada e recebeu proteção especial do Estado; e as famílias monoparentais também estão entre as entidades familiares.

Apesar da discussão existente acerca de o rol constante do art. 226 da Constituição Federal ser taxativo ou não, não há como desconsiderar a significativa transformação pela inclusão de outros núcleos como entidades familiares, mesmo para quem os limita aos três tipos descritos. Nesta perspectiva, parte da doutrina entende que o legislador conferiu proteção especial apenas às três formas delineadas no citado artigo: o casamento, a união estável e a família monoparental. Para estes, o legislador teria sido taxativo.

Uma segunda corrente, guiada especialmente pela doutrina do Professor Paulo Lobo, adota o entendimento de que interpretar restritivamente o Art. 226 da Carta Magna é promover discriminação jurídica, quanto aos demais arranjos sociais, além de não se adequar aos fundamentos e princípios fundamentais da Constituição. Tal fato não se pode permitir num Estado Democrático de Direito. Desta forma, defendem que a norma constitucional não é

uma norma de exclusão. O que a Constituição fez foi apenas delinear um rol de possíveis formas de famílias existentes na sociedade contemporânea, o que não quer dizer que qualquer outra forma de família existente seja excluída da apreciação e da segurança no direito pátrio.

Segundo Paulo Lobo:

a regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo “também” nela contido. “Também” tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.⁴

No entanto, o direito fundamental de constituir família sofre limitações quando a discussão parte para o campo da sexualidade. As relações constituídas entre pessoas do mesmo sexo, conhecidas como *homoafetivas*,⁵ até pouco tempo, ainda eram vistas como uma relação do direito das obrigações. Com o passar dos anos, o judiciário começou a admitir a existência, nestes relacionamentos, dos mesmos requisitos que compunham uma relação heterossexual e reconheceu que ali se formavam tantas famílias quanto as mais comuns que vemos entre homem e mulher. É neste sentido que seguimos com o questionamento de Paulo Lôbo, “afinal, que “sociedade de fato” mercantil ou civil é essa que se constitui e se mantém por razões de afetividade, sem interesse de lucro?”.⁶

É bem verdade que toda esta discussão ainda enfrenta alguns obstáculos calcados em preconceitos de outrora. Tais obstáculos tornam-se barreiras para o legislador, impossibilitando que algumas situações venham a ser regulamentadas. Foi assim com os filhos havidos fora do casamento, com as relações então conhecidas como concubinato, e assim acontece com as novas formas de famílias formadas pela união entre pessoas do mesmo sexo, que não seguem o modelo convencional. Entretanto, constituem um vínculo de afetividade igual àqueles constituídos dentro dos padrões preestabelecidos, julgados unicamente como corretos. Como afirma Paulo Lôbo, “o *caput* do art. 226 é,

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além dos numerus clausus*. IN: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania: O novo Código Civil Brasileiro e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.95.

⁵ Terminologia criada pela Desembargadora aposentada do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias, que pela nomenclatura tentou referir-se às relações afetivas constituídas pelos pares homossexuais. Vale ressaltar, que alguns não concordam com o referido nome, por entenderem que qualquer relação entre pessoas do mesmo sexo, independente de ter caráter sexual, poderia ser chamada de Homoafetiva, como pai e filho, por exemplo. No presente trabalho o uso do termo *homoafetivo* estará se referindo aos casais homossexuais.

⁶ LÔBO, op. cit, p.100.

consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade”.⁷

Esta discussão quanto à possibilidade de as relações homossexuais serem reconhecidas como entidade familiar ou não atinge seu ponto mais alto quando se observa a falta de normatização ou reconhecimento legal para elas. Acerca das famílias formadas pelas uniões homoafetivas, existem apenas decisões isoladas no país inteiro. No entanto, muitos problemas têm surgido em torno da necessidade de o legislador definir juridicamente a situação daqueles que, por uma questão de orientação sexual, não seguem o modelo de outra parcela da sociedade.

É inerente ao ser humano a liberdade de dispor quanto à sua vontade de constituir família. Como referido anteriormente, constitui direito fundamental à liberdade pessoal a livre escolha quanto aos assuntos da vida íntima. Se a Constituição Federal assegura a liberdade a cada um de seus membros para que disponham de sua personalidade, entende-se, pois, que não reconhecer as relações homoafetivas como relações de família possa estar ferindo profundamente os Princípios Constitucionais e os pressupostos de um Estado Democrático de Direito.

a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade da livre orientação sexual. Ao serem visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, evidencia-se que a sexualidade é um direito do primeiro grupo, pois compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário e independente da tendência sexual. Trata-se, assim, de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, sendo como todos os direitos de primeira geração, inalienável e imprescritível. É um direito natural que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza do mesmo modo que a liberdade e a igualdade.⁸

Constitui direito fundamental não apenas escolher com quem se pretende relacionar, mas de que forma escolhe para fazê-lo. Seja como união estável, ou através da celebração do casamento civil, com prole ou sem prole, cabe ao indivíduo decidir quanto à busca da realização pessoal e de sua felicidade. Ao Estado não é dado o direito de marginalizar e negar estas situações, uma vez que a própria Constituição preza pela Igualdade e pela Liberdade como preceitos fundamentais.

⁷ LÔBO, op. cit, p. 95.

⁸ DIAS, Maria Berenice. *A Igualdade Desigual. Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.70.

A Liberdade, em suas mais variadas espécies, garante ao ser humano delinear suas ideias e expor aquilo que entende como importante para si mesmo, dentro de seus interesses. A liberdade de cada um só sofre limitação quando esbarra no direito do outro, ou quando a coletividade se sobrepõe. Dentro de sua casa, dentro de sua intimidade, dentro de sua vida privada, cada cidadão pode decidir e escolher o que melhor lhe convém. Este é um direito assegurado constitucionalmente. Acertadamente, “comienza a desarrollarse em la doctrina y em la jurisprudencia una nueva idea de democracia, la del sistema jurídico que respeta a las minorias y al desarrollo de las multiculturas”.⁹

Os direitos conferidos aos homossexuais, na sociedade brasileira, compõem apenas um rol de situações reconhecidas pelos magistrados pelo país, deixando, à discricionariedade do poder jurisdicional, decidir quanto à aplicação normativa, levando, muitas vezes, à realização de grandes injustiças em torno dessas famílias. Por anos, tentou-se fechar os olhos para essa realidade, “mas a homossexualidade existe, sempre existiu, e em nada se diferenciam os vínculos hetero ou homossexuais que tenham o afeto como elemento estruturante.”¹⁰

É diante dessas transformações, surgidas no moderno Estado Democrático, que se discutem possíveis mudanças na interpretação jurídica do direito pátrio. Os novos padrões sociais e os novos valores estabelecidos pela sociedade contemporânea, desmistificando certos dogmas impostos, especialmente pela igreja, durante séculos, parecem exigir também do direito uma modificação, a fim de adequar-se às necessidades desses cidadãos. E é com base nos princípios constitucionais, especialmente no Princípio da Liberdade, que se tenta tecer as reais necessidades de uma verdadeira sociedade democrática. Neste sentido:

a moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferecer. ¹¹

Vale anotar que a finalidade do direito é regular as relações existentes entre os seres humanos, garantindo segurança para que cada indivíduo tenha condições de se realizar e exercer o direito à liberdade de formação pessoal, cabendo, a cada um, decidir com quem se pretende relacionar. Certamente, num país que tem, como fundamento do Estado Democrático

⁹ CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Derecho y Homosexualismo em el derecho comparado*. IN: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA –IDEF (coord.). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001, p.25.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade*, o que diz a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 14.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9.

de Direito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e que sua Constituição proíbe qualquer tipo de discriminação, talvez seja inadmissível qualquer vedação que se torne uma barreira para aqueles que querem e esperam o reconhecimento do Estado quanto às suas relações interpessoais, quando a própria Constituição garante a livre formação da família em suas mais variadas estruturas.

As questões relacionadas às famílias há muito tempo deixaram de ser um problema unicamente de interesse privado. As relações de família constituem objeto a ser analisado e regulamentado pelo interesse público. E, principalmente, tornou-se assunto não unicamente do Direito Civil, mas incisivamente matéria Constitucional.

Assim, a família formada dentro dos princípios de afetividade, estabilidade e publicidade¹² deve ser respeitada, siga ela o padrão convencional admitido por uma parte da população ou formada dentro de qualquer estrutura que leve o indivíduo a sentir-se parte integrante de uma relação familiar, garantido o reconhecimento da livre escolha e formação da família pela Constituição Federal.

Com essa nova perspectiva das relações familiares, percebe-se a necessidade de reavaliar os parâmetros admitidos até os dias atuais. A norma não se aplica mais de forma isolada, a ela somam-se os princípios regulamentadores dos valores absorvidos pela sociedade pós-moderna, como ética, justiça social e cidadania. Tais princípios formam o pilar da Carta Magna na construção de uma sociedade democrática. Reconhecer ao cidadão o direito à liberdade, bem assim assegurar um tratamento igualitário, é garantir que todos sejam recepcionados junto à norma, prezando para um desenvolvimento focado na aplicação justa do direito vigente, e promoção da cidadania e da dignidade.

Possivelmente, a não inclusão desses pares no rol de entidades familiares, desmerecendo os sujeitos envolvidos em razão da sexualidade, seja um afrontamento aos princípios constitucionais, e, principalmente, aos fundamentos aos quais se destina a norma constitucional brasileira. Uma vez que tais princípios pregam pela observância de uma sociedade calcada na justiça, na fraternidade e na pluralidade. Soma-se à liberdade individual e à dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, instrumento de forte combate às injustiças no desenvolvimento saudável do ser humano, não se parecendo admitir qualquer forma de discriminação numa sociedade democrática, no que comungamos o entendimento que:

¹² Para melhor compreensão sobre a transformação do conceito de família ver LÔBO, Paulo Luis Netto. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.¹³

Acredita-se que cabe a cada sujeito decidir com quem deseja relacionar-se ou a forma como pretende desenvolver seu relacionamento, na busca por sua realização pessoal. Sabe-se que é dever do ordenamento, enquanto heterônoma e regulamentação do comportamento exterior, resguardar e respeitar a dignidade de cada cidadão, resguardando e assegurando o pleno exercício de seus direitos, para que a justiça social realmente se concretize.

É bem comum dar, ao preconceito homossexual, diversas máscaras. A falta de regulamentação no ordenamento jurídico talvez seja consequência desse comportamento discriminatório que se camufla em setores da sociedade, principalmente, nos conceitos socialmente preestabelecidos, como os ideais religiosos. No entanto, quando se fala em um Estado Democrático de Direito, laico, pluralista, e em busca de uma sociedade fraterna, tal intromissão talvez constitua outro desrespeito à liberdade individual. Em nome do interesse jurídico-social, deve o ordenamento despir-se de quaisquer elementos discriminatórios dessa natureza, para garantir solução para os fatos sociais.

A verdade é que relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são realidades sociais para as quais não se podem fechar os olhos. Não por serem comportamentos novos ao convívio social, mas, e principalmente, porque os casais homossexuais estão enfrentando o preconceito de uma sociedade ainda muito marcada por conceitos morais, e cobrando uma resposta jurídica à existência da sua condição social. Quase que diariamente surge um novo litígio, provocando o poder judiciário a se manifestar sobre o assunto¹⁴.

Essas ações são consequências das transformações sociais que identificamos. A presença constante de casais homossexuais reclamando direitos das mais diversas áreas jurídicas impulsiona o judiciário a debater o assunto com mais rapidez do que o próprio poder legislativo.

No entanto, apesar de avanços significativos, tanto na área social, quanto na jurídica, o tema é um dos mais polêmicos da atualidade. Podem ser encontrados Tribunais e decisões acolhedoras de entendimentos bem opostos acerca do assunto, reconhecendo ou negando direitos pleiteados sob os mesmos pressupostos e fundamentos, gerando grande disparidade

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

¹⁴ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o primeiro no país a conceder direitos a um homossexual em razão de relacionamento afetivo com outro homem.

jurídica. Dessa maneira, vê-se a importância desta pesquisa, uma vez que possibilita um debate mais aprofundado e preciso das consequências jurídicas da falta de regulamentação e reconhecimento das uniões existentes entre pessoas do mesmo sexo, cercado-se, ainda, de um estudo constitucional na aplicabilidade das normas perante estas relações.

A luta dos movimentos sociais pela chamada “causa gay” tem levado tanto o judiciário, como a sociedade, a debater o assunto. Apesar de a sociedade, em geral, se mostrar um pouco mais tolerante quanto às diferenças, presume-se que a parte dela que realmente dever-se-ia preocupar com a situação ainda não o fez: o poder legislativo. Apesar da iniciativa, em 1995, da então à época Deputada Marta Suplicy¹⁵, com o frustrado projeto de lei que pretendia uma parceria civil entre homossexuais, que recebeu posteriormente um substitutivo, e que foi “engavetado” pelas forças políticas discordantes, passados quinze anos nada foi legislado em benefício dos casais homossexuais.

Assim, percebe-se que o Estado se distancia das minorias. No entanto:

Em nossos dias, acertadamente, existe certa consciência em torno de que as diferenças dos diversos tipos humanos não podem ser argumento válido para um tratamento pejorativo que, enquanto tal, impeça o livre desenvolvimento da personalidade ou a potencial titularidade dos direitos tutelados pelo sistema jurídico¹⁶.

Seja homossexual ou heterossexual, são todos contribuintes e participantes diretos da mesma sociedade, merecendo tratamento igualitário, na proporção de suas peculiaridades. O que cada um faz em sua intimidade diz respeito a si mesmo, não podendo o Estado, nem quem quer que seja, diferenciá-lo por razões sem fundamentos. A dignidade da pessoa humana diz respeito, inclusive, à intimidade de cada um. Ter dignidade é ser respeitado em todos os aspectos, seja na sociedade e em sua personalidade.

Se a norma prega que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, como dispõe o art. 5º, caput, da Constituição Federal, talvez se questione:

A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em

¹⁵ Projeto de lei nº 1151/95, de autoria de Marta Suplicy (PT/SP), que previa uma união civil entre pessoas do mesmo sexo foi baseada na parceria civil instituída na França. Atualmente, o texto apresentado há quinze anos já encontra-se defasado.

¹⁶ CARLUCCI, Op. cit. . Tradução livre. Fonte Original: Em nuestros días afortunadamente, existe una cierta conciencia en torno a que las diferencias de los diversos tipos humanos no pueden ser argumento válido para un tratamiento peyorativo que, en cuanto tal, impida el libre desarrollo de la personalidad o la potencial titularidad de los derechos tutelados por el sistema jurídico.

grupos apartados para fins de tratamento jurídico diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebre e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?¹⁷

Nessa ordem, ao longo dos séculos, muitos foram os conceitos e as idéias do que é ser igual. A própria Constituição garante igualdade formal em vários aspectos, em todo o seu texto. Garantir uma igualdade formal não basta numa sociedade democrática. Seja homem ou mulher, cada um deve ter reconhecido seu direito fundamental de ser feliz. Se dentro do conceito de felicidade está a idéia de casamento, união estável ou de qualquer outra forma de vida em comum, então possivelmente deveriam ter assegurado o direito de desfrutar de uma convivência a dois, com todas as conseqüências geradas por originarem uma família.

Ademais, independente do sexo dos pretensos, o princípio da igualdade aplica-se concretamente quando o Estado reconhece a todos o mesmo tratamento jurídico, não deixando se contaminar com vertentes preconceituosas, o que, por seu turno, talvez estivesse afrontando outros preceitos fundamentais. É, nestes termos, que *constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceito de qualquer natureza*, art. 3º da Constituição Federal. Nos ensinamentos de Dworkin “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens.”¹⁸

Nesse sentido, as pessoas que vivem em relações homoafetivas têm a liberdade de escolher se assim pretendem viver e talvez mereçam elas serem recepcionadas pelo Direito pátrio, uma vez que a própria Constituição já assegura tal Liberdade. Posto que, o conceito de amor vem buscando nova forma, os relacionamentos atuais estão se agregando aos conceitos de companheirismo, respeito, prazer que se sente com a pessoa ao lado. As relações de outrora calcadas em dependência, principalmente da mulher em relação ao homem, estão fadadas ao tempo. As novas famílias se constroem em parceria.

E é em virtude dessas transformações, que vêm acontecendo com a sociedade contemporânea, que o direito merece nova análise no que diz respeito à tutela dessas relações pessoais. Na tentativa de construir uma sociedade fincada em bases democráticas, talvez seja o momento de rediscutir a aplicação das normas existentes em direito de família e de tantos outros ramos do direito, prezando pelo respeito constitucional de todas as garantias alcançadas

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p. 11.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.285.

pela Constituição de 1988, concebida exatamente com a intenção de não permitir mais condutas discriminatórias e abusivas sofridas pela sociedade brasileira ao longo da sua história. É nesta ótica que “a valoração dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”¹⁹

Por fim, os princípios, os fundamentos e os objetivos fundamentais da Constituição Federal devem estar inseridos na aplicação e na construção de todas as outras normas do ordenamento jurídico, garantindo, dessa forma, uma aplicabilidade com maior sentimento de justiça social, igualdade e cidadania quanto às normas jurídicas. Isso é realizado respeitando cada indivíduo e acompanhando as diversas transformações sociais que naturalmente ocorrem entre os seres humanos, assim como já vem acontecendo com alguns conceitos no direito de família, sendo este o momento de repensar quanto às uniões homoafetivas.

A partir das reflexões suscitadas, este trabalho visa a analisar o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, em consonância com a norma constitucional do art. 226. Nesse sentido, estuda-se a família em um contexto sócio-cultural atrelado ao avanço jurídico dos princípios constitucionais, e das mais importantes cartas de direitos humanos, que pretendem a proteção da família na pessoa de cada indivíduo, em nome da dignidade da pessoa humana. Entendemos que, para uma melhor compreensão dessas relações sociais, faz-se necessário, além da doutrina jurídica, o auxílio de outras ciências sociais, tais como a antropologia e a sociologia, nas quais fomos buscar um melhor entendimento e maiores esclarecimentos sobre sexualidade humana, padrões sociais, conjugalidade e família.

Nesse sentido, auxiliam-nos Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Edson Fachin, entre outras doutrinas especializadas em direito de família, com quem tentaremos construir uma interdisciplinaridade com Roger Raupp Rios, Richard Miskolci e Luiz Mello, por exemplo, para situar a questão do gênero sexual na conjugalidade, dentro das relações de família, até alcançarmos a evolução do reconhecimento das relações homossexuais no direito de família. Visando um melhor aproveitamento e uma maior compreensão do assunto, este trabalho foi construído em três capítulos.

O primeiro capítulo pretende uma análise histórica e cultural da formação da família. Em razão dos preceitos estabelecidos pela sociedade de cada época, a família passou por diversas modificações, acompanhando uma dinâmica social de acordo com os preceitos morais de cada período. Assim, percebemos desde um livre exercício da sexualidade, até a

¹⁹ BARROSO, op. cit, p. 336.

unidade familiar como mera extensão do culto religioso, em que seus integrantes não se uniam pelo afeto, mas pela obrigação social que lhes era imposta. No entanto, com o rompimento desses preceitos religiosos, ao longo dos anos os indivíduos voltam a questionar a formação de certos vínculos familiares, restabelecendo o afeto como elemento principal dos enlaces.

No segundo capítulo, faz-se uma análise do exercício da sexualidade atrelada à condição humana, como elemento próprio de cada sujeito. A questão do gênero e da orientação sexual, da conjugalidade atrelada à procriação e o engessamento de um único modelo estabelecido como admissível. Entretanto, a homossexualidade ou a heterossexualidade constituem características individuais, no plano da dignidade de cada sujeito, não podendo sofrer restrições no plano das relações públicas ou privadas, inclusive nas relações de família. Não havendo qualquer fundamentação jurídica ou social que justifique limitações aos homossexuais em estabelecer suas relações familiares a partir de suas uniões homoafetivas.

Por fim, o terceiro capítulo constitui-se no enquadramento das uniões homoafetivas dentro dos preceitos constitucionais de proteção ao direito de constituir família, em consonância com os Princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da afetividade. Demonstra, ainda, que, com base nos preceitos da Carta Magna, a jurisprudência vem construindo um direito homoafetivo mesmo diante das lacunas do ordenamento brasileiro.

1 FAMÍLIA – O DIREITO DE TER

A família representa o núcleo de formação dos interesses individuais e coletivos na sociedade. Durante toda a história, é possível identificar a formação do ser humano por meio de seu núcleo familiar. Assim, pode-se dizer que ela é o embrião social. Em razão de tamanha importância, é considerada a base da sociedade e recebe proteção especial do Estado. Juridicamente, o conceito de família esteve durante muito tempo limitado a um modelo exclusivamente heterossexual e com base no matrimônio²⁰, além de estarem inseridas nessa idéia as funções patrimonialista e procracional.

Numa perspectiva mais conservadora, depreende-se da doutrina o **conceito de família** ainda restrito à idéia da união entre um homem e uma mulher, ou entre estes e seus filhos. *Latu senso*, pode-se ainda considerá-la como núcleo de pessoas ligadas pelo vínculo sanguíneo ou jurídico. Nesse sentido, encontra-se:

Ao conceituar a “família”, destaque-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge(enteados), os cônjuges dos filhos(genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge(cunhados). [...] em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos²¹.

Seguindo a mesma direção, leciona Rodrigues²² que “a família se apresenta, portanto, como instituição que surge e se desenvolve do conúbio entre o homem e a mulher e que vai merecer a mais deliberada proteção do Estado, que nela vê a célula básica de sua organização social”.

No entanto, essa estrutura sofreu significativas transformações ao longo do século passado, que lhe deu nova função, composição e natureza²³. As lutas dos movimentos feminista e pela liberdade sexual tiveram grande influência nessas transformações, bem como a inclusão da mulher no mercado de trabalho e a mudança da família de unidade rural para unidade urbana.

[...] a função econômica perdeu o sentido, pois a família para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos – não é mais

²⁰ Previsão do Código Civil de 1916 que perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. v 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.20.

²² RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Direito de Família*. v 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número de filhos das entidades familiares. [...]. A Função procracional, fortemente influenciada pela tradição religiosa, também foi desmentida pelo grande número de casais sem filhos, por livre escolha, ou em razão da primazia da vida profissional, ou em razão de infertilidade.²⁴

Essa transformação leva a uma reavaliação natural dos parâmetros e conceitos estabelecidos. O debate avança estabelecendo novos questionamentos, inclusive quanto à função da própria família e à autonomia da vontade dos sujeitos na construção dos laços familiares. Naturalmente, os vínculos sociais parecem diversificar-se, afastando-se paulatinamente dos padrões anteriores, como a questão da necessidade de existência de prole no relacionamento, por exemplo. Percebe-se a preocupação da doutrina contemporânea em garantir muito mais a realização da família, do que limitá-la como conceito em si. Ensina Fachin que:

Entre tornar-se conceitualmente família e realizar-se como tal, há uma fenomenal distância. A passagem do conceito de família- poder para a família-cidadã é também de um programa a se construir. A compreensão do texto constitucional brasileiro vigente vai dando espaço para que a família, nessa concepção contemporânea do direito, se inclua como entre aberto e plural. É desse degrau de efetivação da cidadania que reclama a pluralidade constitucional da família, não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária.²⁵

Assim, o panorama social e jurídico terá no palco as famílias, e não mais a família. O direito passa a ter um campo maior de incidência, sem exclusividade de qualquer forma. Consequentemente, o estudo técnico também sofrerá certa variação. Dessa forma, intenta-se uma interpretação dinâmica do conceito de família, que mais se aproxime dos novos arranjos sociais, identificando a família, ou a entidade familiar, como reunião de pessoas ligadas por laços consanguíneos, de parentesco civil, ou da afetividade. Sem limitá-los a vínculo estritamente jurídicos ou matrimonial.

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família, é que se compõem

²⁴ Idem, *ibidem*, p.33.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo*. IN: JÚNIOR, Op. cit, p. 25.

os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).²⁶

Seja qual for a forma de combinação dos vínculos, a família é considerada o berço da sociedade e da formação de seus indivíduos. Antes de existir o Estado, instituição de governo, já existiam as famílias, nas suas mais primitivas formações de vínculos. Nela se formam os valores que seguem cada um de seus integrantes ao longo de sua existência. É através dela que o sujeito ou cidadão é incluído no convívio social. E a partir dela almeja sua realização como ser humano.

1.1 O papel historicamente desempenhado pela família

Historicamente, para as civilizações antigas, a família constituía uma organização fundamentada em princípios de hierarquia, autonomia e poder concentrado, onde existia um titular e responsável, o homem, que exercia poder absoluto sobre a mulher, sobre os demais membros de sua família, e sobre seu patrimônio. A ele estava designada à atribuição de prezar pelo desenvolvimento social, econômico, patrimonial e principalmente religioso de todos os seus integrantes.

A família com sua estrutura consagrada a partir do casal heterossexual, com filhos, atualmente representa apenas uma das possíveis formas de constituir família. Primeira e menor célula de interação do homem com a sociedade, a *família, strictu senso*, é fenômeno social. De tal fenômeno, decorre o fato, que terá suas implicações em tudo o que diz respeito ao ser humano. A família é, indiscutivelmente, base e estrutura para a própria existência da sociedade civilizada. Não é possível se conceber a idéia de Estado ou Sociedade sem, anteriormente, vislumbrar as relações familiares.

Os grupos que inicialmente podem ser apontados, na evolução das relações pessoais, advindas das modificações das estruturas familiares, desde a pré-história, deram ensejo ao que hoje conhecemos como *sociedade civilizada*, bem como a diversas regras – culturais, sociais e até jurídicas, que ao longo do tempo foram sendo reproduzidas automaticamente e de forma inquestionável.

Berço dos maiores conflitos e das discussões mais delicadas, em Direito, a família tem conseqüências definitivas na formação do cidadão. Diversas gerações tornaram-se testemunhas dos efeitos colaterais que a exclusão social, em razão de padrões não admitidos

²⁶ LÔBO, Op. cit, p. 2.

pela maioria, por levar. Desde sua possibilidade legal, até sua tolerância social diversos são os reflexos diretos possíveis de serem identificados. Da família, inicialmente, é conseqüente o próprio indivíduo que tornar-se-á parte do todo social. Por sua vez, suas relações, bem ou mal definidas, são parte de sua formação – estrutura e (in)formação da vida em família, apenas para exemplificarmos.

Identifica-se no processo histórico-cultural uma transformação nas relações interpessoais, em consequência da mudança de valores atribuídos em cada período que possa ser apontado. Dessa forma, entender a família como estrutura social, em consonância com o ordenamento vigente, requer uma verificação da evolução dessas relações humanas.

Atualmente, essa idéia de organização hierárquica transformou-se em células menores, constituídas pelos pais e seus descendentes, ou se confundem com as entidades familiares trazidas pela Constituição Federal, em consequência de uma evolução social proveniente da Revolução Industrial. Aquele velho modelo de família constituída por uma unidade econômica, espiritual e mantida sob o pátrio poder, deu lugar a um novo modelo onde a mulher participa do mercado de trabalho, a unidade de atividade econômica sai de dentro de casa, e os interesses maiores estão no desenvolvimento de valores éticos, morais e afetivos, bem como na assistência mútua entre seus integrantes.²⁷

Os primeiros grupos que podemos apontar como família demonstram pouca organização – ou quase nenhuma, no que diz respeito às suas relações afetivas. O exercício livre da sexualidade percebe-se como comportamento padrão em determinadas épocas das relações sociais²⁸. Com o passar do tempo, até alcançar o período denominado de *civilização*, os grupos começam a se unirem pelos laços de afeto e pelo desejo sexual num cruzamento que muito se distancia daquilo conhecido pela sociedade ocidentalizada.

Do estado Primitivo, Selvagem e do período Barbárie, respectivamente, decorrem as classificações de família consanguínea, punaluana²⁹ e sindiásmica³⁰. Em cada período encontramos uma formação diferente na organização dos vínculos familiares, bem como na própria classificação de parentesco. As transformações nas relações interpessoais registram os

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. 6v. São Paulo: Atlas, 2003, p.22.

²⁸ Sobre a evolução dos períodos pré-históricos interligados á evolução das formas de família ver ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Centauru, 2002.

²⁹ Referência de Engles a um modelo de família com base nos conceitos estabelecidos por Lewis Henry Morgan, e que teria sido o modelo que segue, historicamente, à família consanguínea. Punalua quer dizer companheiro íntimo. Sobre o assunto ver ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Centauru, 2002.

³⁰ Idem Ibidem.

estudiosos, vão acontecendo à medida que o homem evolui quanto aos próprios meios de manutenção da sobrevivência.

Neste sentido, “O progresso do homem no domínio dos meios de existência marcam sua evolução e passagem dos estágios”³¹. Assim, a família tem sua estrutura definida em razão dos elementos sociais que naquele momento disciplina padrões. O primeiro estágio, classificado como família consanguínea, registra padrões de comportamento onde os vínculos misturavam-se e confundiam-se. Nessa organização, os indivíduos classificam-se de acordo com a geração em que pertencem – avós, pais ou filhos, e dentro dessas hierarquias, homens e mulheres recebem uns aos outros por marido e mulher, sem qualquer exclusividade nas relações sexuais.

A família consanguínea, a primeira etapa da família. Nela os grupos conjugais classificam-se por gerações: todos os avôs e avós, nos limites da família, são maridos e mulheres entre si; o mesmo sucede com seus filhos, quer dizer, com os pais e mães; os filhos destes, por sua vez, constituem o terceiro círculo de cônjuges comuns; e seus filhos, isto é, os bisnetos dos primeiros, o quarto círculo. Nessa forma de família, os ascendentes, os pais e filhos, são os únicos que, reciprocamente, estão excluídos dos direitos e deveres (poderíamos dizer) dos matrimônios. Irmãos e irmãs, primos e primas, em primeiro, segundo e restantes graus, são todos, entre si, irmãos e irmãs, e por isso mesmo maridos e mulheres uns dos outros. O vínculo de irmão e irmã pressupõe, por si, nesse período, a relação carnal mútua.³²

Por consequência dessa organização, excluem-se apenas pais e filhos das relações sexuais, mas existindo mutuamente entre os irmãos. A exclusão dos irmãos nas relações sexuais eleva a família ao chamado estágio Punaluana. Nessa classificação, não mais acontecem às relações sexuais entre irmãos considerados carnis – filhos da mesma mãe, unicamente entre os considerados colaterais. As relações sexuais tornaram-se elementos definidores dos vínculos de parentesco.

Aufere-se desta classificação realizada por Engels, o vínculo consanguíneo reconhecido apenas pela linha materna, uma vez que homens e mulheres dispunham de enorme liberdade sexual. Assim, apenas a figura materna poderia ser verdadeiramente identificada, o pai era incerto. Surge destas relações a consequente máxima, ainda hoje reproduzida – a mãe é certa, o pai não. Consequentemente, os grupos familiares estabeleciam seus vínculos com base na linhagem feminina.

³¹ Idem Ibidem, p.33.

³² Engels, op. cit, p.37.

Verifica-se, historicamente, durante certo período de tempo, a forte presença da mulher na condução da família. O direito paterno tornou-se estigma social apenas com o estreitamento das relações sexuais (pelos menos para as mulheres) e com o domínio do solo pelo homem – a propriedade. Até apontarmos nesse momento histórico, o direito que regia e determinava, inclusive a sucessão na família, era o materno, em razão da incerteza quanto a paternidade.

Com o surgimento do matrimônio, em um primeiro momento realizado em grupo, a família evolui para o que Engels classifica como família sindiásmica³³. As relações de parentesco, diante dos arranjos matrimônios em grupo, tornaram-se ainda mais confusos. Com a proibição das relações sexuais entre irmãos, já existente como regra social, este modelo entrou em declínio, dando origem a padrões de conduta e regras sociais mais próximas as que possuímos nos dias atuais.

O estreitamento das relações sexuais estabeleceram exigências comportamentais especialmente para a figura feminina. A poligamia não desapareceu. No entanto, para a mulher passou-se a exigir a fidelidade na relação matrimonial, comportamento severamente castigado se não fosse respeitado. Essa mudança social decorre, principalmente, das relações econômicas. Uma vez estabelecidas a posse e a propriedade dos meios de produção, a homem passou a deter o controle, principalmente das relações familiares.

Trata-se de importante marco na transformação das relações familiares, principalmente naquilo que determinará a conduta da sociedade ocidentalizada.

O desmoronamento do direito materno, a *grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo*. O homem apoderou-se também da direção da casa; a mulher viu-se degradada, convertida em servidora, em escrava da luxúria do homem, em simples instrumento de reprodução. Essa baixa condição da mulher, manifestada sobretudo entre os gregos dos tempos heróicos e, ainda mais, entre os dos tempos clássicos, tem sido gradualmente retocada, dissimulada e, em certos lugares até revestida de formas de maior suavidade, mas de maneira alguma reprimida. ³⁴ (*grifo nosso*)

Destarte, a composição da família que depende de forças que impulsionam o comportamento dentro da ordem social se torna um modelo social engessado, com base no casamento, com rigorosa cobrança da fidelidade pelo lado feminino, com objetivo de

³³ Significa união de ligamentos, terminologia utilizada, de acordo com os conceitos de Morgam, para classificar a etapa em que os indivíduos uniam-se em grupo. Os homens possuíam diversas esposas e as mulheres, igualmente, diversos maridos. Vai desaparecer quando da proibição de casamento entre parentes consanguíneos.

³⁴ ENGELS, op. cit, p. 60.

procriação, em que não mais existe reunião de pessoas que se ligavam pelo afeto. A esse valores agregam-se os ideais religiosos.

Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas com certeza foi a religião que lhe deu as regras, daí resultando a família antiga receber constituição muito diferente da que teria tido se os sentimentos naturais dos homens tivessem sido os seus únicos causadores. [...] A família era assim um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer a alimentação fúnebre aos mesmos antepassados. A primeira instituição estabelecida pela religião doméstica foi o casamento.³⁵

A família deixou de ser fenômeno social, transformando-se em célula para manutenção dos rituais religiosos. Sua função não mais coaduna com a idéia de exercício da sexualidade ou união de laços afetivos, mas de conseqüente meio a ser integrado pelo indivíduo – nascer de uma família e formar a sua.

A mudança dos valores atribuídos a mulher também é elemento significativo a ser observado na mudança da idéia de família. Inicialmente, sua participação nos grupos sociais identificava, principalmente, a linha de parentesco do indivíduo. Uma vez que o exercício da sexualidade era livre para os dois gêneros, o homem – na figura de genitor – não era certo, como vimos anteriormente.

Assim, a mulher que determinava a linhagem, inclusive o direito sucessório, passou à figura de sujeito para procriação. Perdeu sua identidade materna identificada nos primeiros grupos, ocupando o lugar de submissão ao homem, destituída de qualquer direito próprio, inclusive aquele relativo aos filhos. A família das sociedades ocidentais, partindo principalmente do berço que dá origem à nossa sociedade – Roma e Grécia, se tornou pequena célula religiosa, baseada no direito do pai, sobre todas as coisas e todas as pessoas da família. Como ensina COULANGES “A base da família não era encontrada no afeto natural. Tanto o direito grego quanto o romano não levavam em menor conta este sentimento. Poderia realmente existir no íntimo dos corações, mas para o direito não contava, não era nada”³⁶.

Mais uma vez, a identidade atribuída ao que se considera o núcleo familiar está diretamente ligado aos conceitos e elementos da própria sociedade. Família, pelo que se verifica na história, não é fato próprio, mas em plena mutação. Independe de questões do Estado, mas unicamente dos arranjos sociais que naturalmente se formam.

³⁵ FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A Cidade Antiga*. Tradução Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005, p.31.

³⁶ Idem, *ibidem*.

Nessa perspectiva, o comportamento e os interesses dos membros da família direcionavam as intenções religiosas propagadas no âmbito pessoal. Durante muito tempo a família representava uma célula menor do culto religioso. Sua função estava diretamente ligada aos interesses daquele. Acreditava-se que o culto aos antepassados era obrigatório entre os descendentes da mesma linhagem.

Uma vez que a mulher perde para o homem a relação de parentesco determinante, não mais se identifica os membros de uma mesma família pelo lado materno, e sim pelo lado paterno. Dessa forma, tornava-se consequência obrigatória para o cidadão formar uma família. A ele era atribuída a função de cultuar seus antepassados e aos seus descendentes, pelo lado do varão, transmitia-se essa obrigação.

Consagra-se a família, desse modo, muito mais como “uma associação religiosa do que uma associação da natureza”³⁷. Uma vez que o sujeito é fruto do ambiente ao qual pertence, as relações intersubjetivas interferem diretamente nas transformações sociais e estas, por sua vez, naquela. Esse movimento constante deságua, a partir do Estado Constitucionalizado, nas normas detentoras do poder de organização.

Um dos elementos que interfere diretamente nas relações pessoais, especialmente na família, e que não pode ser descartado de uma análise jurídica – social é a presença da religião. Considera-se consequência direta dessa *religião doméstica* a instituição do casamento e, a partir dele, sacraliza-se uma constituição exclusiva da família a partir do modelo.

A família detinha funções específicas e determinadas. O culto religioso era um dos determinantes para manutenção da família. Ao homem era entregue a responsabilidade de manter a tradição religiosa de seus antepassados, bem como cultuá-los com ofertas, pois, dessa forma, acreditava-se que a vida da família estaria protegida e atingiria sempre a prosperidade. Assim, formar uma família era uma obrigação destinada ao varão, e, conseqüentemente, o destino de toda mulher.

A religião, ao formar a família, exige-lhe imperiosamente a sua não extinção. Família desaparecida é culto morto. É necessário apresentar essas famílias à luz de época em que as crenças ainda não haviam se alterado. Cada família possui uma religião e deuses, valiosa referência pela qual deve olhar. A maior desgraça temida por sua piedade está na interrupção da sua linhagem. Porque então a sua religião desapareceria da terra, o sue lar seria extinto, toda a sua seqüência de mortos cairia no esquecimento e na miséria

³⁷ FUSTEL, Op. cit, p. 32.

eternos. O grande interesse da vida humana estava em continuar a descendência para com estase continuar o culto.³⁸

Os filhos decorrentes da união entre o par era conseqüência obrigatória, delineando outra função da família, a da procriação. Uma vez que a homem era destinada a perpetuação do culto de seus antepassados, teria ele que transmitir essa obrigação ao filho homem, que por sua vez iria passar a seus descendentes, criando essa corrente que não poderia ser interrompida.

O papel desempenhado pela mulher traduzia-se unicamente na sua função de gerar o filho e auxiliar seu marido no culto religioso. A figura feminina na família, durante muitos anos, desempenhou um papel coadjuvante, sendo necessária sua participação apenas em razão da sua capacidade se gerar. A mulher foi considerada, ao longo da história da humanidade, como propriedade do homem. Enquanto solteira, pertencia ao seu genitor, ao casar, passava a ser propriedade de seu cônjuge.

Percebe-se a partir deste momento uma das ideias de família que vai, em determinado período da sociedade, engessar o próprio conceito de casamento: aquela formada pelo homem , mulher e seus filhos, sacramentada pelo matrimônio. A presença de uma descendência - com varão, é característica indispensável.

Na época em que essas antigas gerações começaram a fantasiar sobre a vida futura, os homens não acreditavam ainda em recompensas nem em castigo; julgavam que a felicidade do morto não dependia da conduta tida pelo homem durante sua vida, mas daquela havida pelos seus descendentes para com eles, depois de sua morte.[...] O seu pensamento único bem como o seu único interesse estavam em terem sempre um homem de seu sangue a levar-lhes as oferendas ao túmulo.³⁹

Resulta desse comportamento a conseqüente ideia de que a união do casal visa à procriação – orientação que perdurou até o século XX, com forte repressão social àquela mulher que não tinha filhos. Com o advento do cristianismo, houve fortalecimento do modelo heterossexual, patriarcal, com fins de procriação atribuída a entidade familiar. Sob a determinação de que “deixa o homem pai e mãe e se une a sua mulher, tornando-se os dois uma só carne”⁴⁰, e ainda de que “sede fecundos e multiplicai-vos”⁴¹, não haveria outro senão aquele modelo a ser seguido.

³⁸ Idem, p.37.

³⁹ FUSTEL, op. cit., p.68.

⁴⁰ Bíblia Sagrado - dos cristãos – Livro dos Gênesis. Cap. 2, 24.

⁴¹ Idem, Ibidem. Cap. 1, 27.

Interessante ressaltar, porém, que em sua origem o termo *família* apresenta uma ideia de poder e hierarquia, distinto do conceito contemporâneo atribuída a ela, diante das tantas modificações.

Em sua origem, a palavra *família* não significa o ideal – mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu e nossa época; - a princípio, entre os romanos, não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e *família* é o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem.⁴²

Objeto direto das relações interpessoais, a entidade familiar vai, conseqüentemente, moldando-se à medida que essas relações acontecem. O século XX torna-se palco para grandes transformações sociais que serão identificadas nas relações subjetivas. Dois grandes marcos da história, naquele século, a Primeira e a Segunda Guerra Mundial devolvem ao debate social a preocupação com o ser humano – na qualidade de indivíduo portador de direitos considerados naturais.

Desde o final da Segunda Grande Guerra, como uma resposta aos seus horrores, em especial às monstruosas afrontas à Humanidade, viu-se o ressurgimento de idéias de predominante inspiração jusnaturalista, esquecidas de há muito á força do exagerado e, por isso, pernicioso positivismo jurídico, cujos reflexos se fizeram sentir nas Constituições, notadamente, dos povos ocidentais, editadas ou reformadas a partir dali, que passaram a enfatizar, em seu corpo, o reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, erigindo, em especial, à posição de guia supremo dos ordenamentos jurídicos a dignidade do ser humano.⁴³

Em razão de algumas filosofias humanas pregadas sob a proteção da violência⁴⁴, o mundo tornou-se palco de genocídios com a segregação de grupos de pessoas baseada em critérios de raça, comportamento e sexualidade. Como produto dessa experiência, houve mobilização para resguardar – dali por diante – direitos considerados indispensáveis a pessoa humana.

⁴² ENGELS, op. cit, p.60.

⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Sobre a classificação do fato jurídico na união estável*. IN: ALGUQUERQUE, Fabíola Santos (coord). *Famílias no Direito Contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2010, p.143.

⁴⁴ Especialmente, a Segunda Guerra Mundial, com a alvancada do Nazismo, promove grande destruição de raças com base em um ideal político de “sangue puro alemão”, onde qualquer comportamento indesejado – a homossexualidade, bem como a origem da raça – o judaísmo, tornaram-se critério para dizimar dezenas de milhares de pessoas ao redor do mundo.

Por via indireta, rompe-se com a idéia de colocação da mulher em um plano inferior ao homem. Como pessoa humana os gêneros – homens e mulheres – passam a ser considerados igualmente e paulatinamente o sujeito *mulher* torna-se detentora de iguais direitos.

A luta de movimentos sociais que buscavam o reconhecimento dos direitos da mulher contribuiu para sua inclusão como sujeito ativa na sociedade e merecedora de atenção. A partir de então, a mulher que estava sob o comando do marido passa a desempenhar novo papel social e, por sua vez, também na família suas conseqüências serão observadas. De forma que “a partir da década de 1960, o feminismo e os movimentos de liberação sexual, ganhando feição revolucionária, lideraram um ataque maciço contra a noção de *família*, então identificada como modelo centrado no matrimônio e na submissão (também jurídica) da mulher e dos filhos ao poder patriarcal”⁴⁵.

Com a industrialização e a corrida do capitalismo acontece a inserção da mulher no mercado de trabalho, outro elemento para transformação da família contemporânea. A retirada da esposa da exclusiva atividade doméstica e sua inclusão na produção ativa no mercado de trabalho – tornando-se mão de obra, deram nova forma à fotografia e as necessidades do núcleo familiar.

Ainda no século passado, os avanços tecnológicos – que introduziram os meios artificiais de reprodução humana rompem quase que definitivamente com a idéia sacramentada da família heterossexual, patriarcal e com fins de reprodução. Para tanto, foi necessário uma nova compreensão jurídica do instituto que respondesse aos fatos sociais contemporâneos.

Este cenário levou os juristas a empreenderem considerável esforço na elaboração de um novo conceito de família, que fosse capaz de abarcar as diferentes manifestações fáticas de convivência afetiva. A antiga concepção jurídica do instituto, exclusivamente calcada no matrimônio, foi progressivamente substituída pelas chamadas “entidades familiares”, expressão plúrima que pretende conjugar situações tão distintas quanto variadas, incluindo, em listagem sempre crescente, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas, a família matrimonial, as uniões estáveis, as famílias recompostas, as famílias anaparentais, e assim por diante.⁴⁶

1.2 As relações pessoais e o fenômeno jurídico

⁴⁵ SCHREIBER, op. cit. IN: JÚNIOR, op. cit, p. 141.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. IN: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Leituras Complementares de Direito Civil: direito das famílias*. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 142.

As famílias que se apresentam na sociedade contemporânea, muito pouco se parecem com os modelos mais antigos. As relações familiares, com o passar dos anos, ganharam independência jurídica. Deixaram de constituir mero instituto padronizado, para manutenção de um modelo social, baseado no matrimônio e na propriedade; e passaram a conjugar indivíduos que formam uma relação comum com base no afeto, na convivência solidária e assistência recíproca. A família brasileira deixou de ser núcleo de procriação e manutenção da propriedade, passando a congregar interesses autênticos e subjetivos, na pessoa de cada um de seus integrantes.

Dessa forma, a estrutura familiar passou a exigir um novo comportamento por parte da norma jurídica. Ao invés de termos, na sociedade, a exteriorização das formas previstas legalmente, passou a norma a regulamentar os modelos que foram integrando-se na convivência dos indivíduos.

Na sociedade moderna do séc. XX o casamento civil era a única forma de constituição legítima da família. Operou-se, com o advento da Constituição de 1988, a maior transformação em direito de família, em seu art. 226, além do casamento civil, foram incluídas outras formas de constituição da família, como a União Estável e a Família Monoparental, até então não reconhecidas pelo legislador.

Durante muitos anos, o casamento constituiu a única forma legítima de constituição da família. A este instituto eram consagrados os maiores valores que norteavam a sociedade altamente cristã. Sob influência social, econômica e, principalmente, religiosa, o advento do casamento se tornava uma união sacramentada para a vida inteira, funcionasse ou não, o casal estava preso por um vínculo maior do que o objetivo do próprio instituto.

Do berço colonial vem ao código a família matrimonializada, hierarquizada, patriarcal, e transpessoal. Era, então, a *família codificada*, inserida num texto legal representativo da tríade formada pelo liberalismo, pelo individualismo e pelo patrimonialismo. Não estava naquele espaço jurídico a construção plural do existir humano, fomento de aspirações, protagonista de um arranjo parental de esperança possível.⁴⁷

O Código Civil de 1916 disciplinava o casamento *como família legitimamente constituída*, e considerados legítimos eram os filhos havidos dentro dessa união. Até 1977, a instituição era considerada vínculo indissolúvel. A estrutura patriarcal designava o homem como chefe da família, a mulher era obrigada a adotar o sobrenome do marido, o regime legal

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson IN: JÚNIOR, op. cit, p. 34.

era o da comunhão universal de bens – que representava completa comunhão instituída pelo casamento não apenas de vida, mas inclusive de patrimônio.

Foi com o advento da lei nº 6.515, de 1977, que o casamento tornou-se dissolúvel. Por via reflexa, a adoção, pela mulher, do sobrenome do marido tornou-se facultativa, bem como o regime legal para disciplinar as relações patrimoniais advindas do casamento passou a ser o da comunhão parcial de bens. Essas transformações serviram para demonstrar que os laços familiares – assim como a união entre duas pessoas – decorrem não daquilo que a norma jurídica determina, mas do que a convivência afetiva consagra. A sociedade teve que aceitar a ideia da plena possibilidade de rompimento da união matrimonial.

Com a introdução no país da Lei do Divórcio, apesar de diversos setores da sociedade, especialmente a igreja, se manterem contrários a essa inovação, foi possível registrar uma mudança no curso das relações familiares na medida em que se propiciou o reconhecimento jurídico de inúmeras uniões de pessoas “desquitadas” até então impossibilitadas de contrair novos casamentos. A separação judicial, que significava apenas a dissolução da sociedade conjugal, nunca atendeu aos anseios sociais; embora pudesse ser decretada por consenso do casal ou litigiosamente, não satisfazia plenamente, uma vez que as pessoas ficavam vinculadas legalmente impedidas de constituírem novos vínculos conjugais. Por isso, o divórcio veio para pôr fim ao vínculo matrimonial, e proporcionou liberdade de escolha, permitindo às pessoas o direito de constituírem ou não novas famílias.⁴⁸

Com a Constituição de 1988, os direitos entre os cônjuges foram equiparados. Não se falava mais em pátrio poder, ou o poder do pai, mas em poder familiar, uma vez que foi instituído o princípio da isonomia, onde homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Assim, marido e mulher passaram a exercer igualmente o direito sobre os filhos, bem como decidir quanto à educação dos mesmos. Com o Código Civil, lei nº 10.406, sancionado em 10/01/2002, tais princípios foram ratificados, adaptando-se a nova norma civil aos princípios já firmados pela Constituição Federal desde 1988.

Muito antes de 1977, a sociedade já enfrentava um problema entre as famílias. Sabe-se que a convivência entre o casal só logra êxito enquanto duram os sentimentos de amor, respeito e afeição. Pois bem, muitas famílias se desconstituíam e, pela impossibilidade de rompimento legal do vínculo do casamento, uma nova situação estava se formando às portas do legislador que, mais uma vez, só trouxe seu aval de reconhecimento em 1988.

⁴⁸ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 79.

1.3 Transformação do direito de família brasileiro

Até 1988, as relações mantidas entre homem e mulher livres, que viviam sob o mesmo teto, compartilhavam dos mesmos interesses e de uma comunhão de vida, eram mal vistas diante da sociedade. Para estas relações, ditas concubinatos, diante do judiciário, restava apenas o reconhecimento na qualidade de sociedade de fato.

Em virtude da indissolubilidade do casamento, alguns desses novos relacionamentos afetivos não poderiam vigorar juridicamente. Homens e mulheres provenientes de casamentos onde não havia mais a possibilidade da manutenção da vida conjugal, constituíam novas famílias que durante muitos anos existiram de fato, mas eram marginalizados de direito, sofrendo o carma do preconceito de não serem chanceladas pelo reconhecimento do Estado.

A primeira nomenclatura utilizada para identificar esses relacionamentos foi o de *concubinatos*, esses casais não recebiam qualquer regulamentação por parte do Estado, e estavam sujeitos a todo tipo de injustiças e discriminação. Assim, quando esta união, por algum motivo, era dissolvida, tornava-se impossível pleitear direitos para a concubina. A mulher era o pólo mais afetado da relação, tendo em vista, naqueles tempos, ela estava fadada ao trabalho doméstico, subordinada ao homem, de tal forma, que sequer era vista como sujeito de direitos.

O Código Civil de 1916, refletindo as concepções morais de seu momento histórico, somente considerava como legítimas em jurígenas as uniões de homens e mulheres quando resultantes do casamento. Todas as outras uniões entre pessoas de sexo diferentes, ou de mesmo sexo, com a finalidade de vida em comum eram tidas como ilícitas, simplesmente imorais. Constituíam espécies ilícitas, e também imorais, as relações ditas concubinárias que, doutrinariamente, eram classificadas em *puras*, quando nenhum dos concubinos tivesse o impedimento dirimente para casar resultante de já ser casado ou desquitado, e *impuras*, aquelas em que um deles, ou ambos, já fosse casado ou mesmo desquitado, e as incestuosas, quando entre os participantes da relação houvesse parentesco em grau gerador de impedimento dirimente absoluto.⁴⁹

Desta forma, na relação do concubinato, a mulher não recebia os direitos inerentes à esposa, mesmo depois da lei que instituiu o divórcio, sequer tinha ela direito a pensão alimentícia. Uma das grandes mudanças em Direito de Família, decorrente da Constituição

⁴⁹ Mello, Op. cit, p. 145.

de 1988, foi o reconhecimento jurídico das relações entre homem e mulher sem impedimentos para o casamento, que passaram a ser chamadas de União Estável.

A grande evolução histórica do concubinato no Brasil é a que está neste momento se fazendo. Em síntese, o que era tratado exclusivamente no campo do Direito das Obrigações muda os rumos para o Direito de Família, especialmente a partir da Constituição de 1988, que inscreveu expressamente o concubinato – a época união estável – como uma das formas de família; a Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, que regulava o direito dos companheiros a alimentos e a sucessões; a Lei n. 9.278, de 13 de maio de 1996, tentando regulamentar o § 3º do art. 226 da Constituição Federal; e, por último, a incorporação ao texto do Código Civil de 2002, de um título sobre união estável consolidada, de uma vez por todas, a compreensão dessa forma de família em nosso ordenamento jurídico.⁵⁰

Na medida em que são consideradas entidades familiares, e recebem proteção especial do Estado, tendo sido equiparadas ao casamento, logram dos mesmos direitos dos casais civilmente constituídos. Atualmente, o termo concubinato refere-se, apenas, às relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, de acordo com o art. 1.727, do Código Civil. Reconhecidamente houve uma tentativa do legislador de expurgar a carga de preconceito que existia em relação às uniões livres, comparadamente ao casamento, dando-lhe nova nomenclatura de *União Estável*⁵¹.

Outro fenômeno ensejador de mudanças no plano jurídico foi o reconhecimento das famílias monoparentais. Esses núcleos constituem-se na existência de um dos pais e seus descendentes. Elencada dentre as entidades familiares, delineada no art. 226, §4º, da Constituição Federal, estas famílias foram recepcionadas pelo legislador constituinte de 1988, e obtiveram a “especial proteção do Estado” de que dispõe o *caput* do art. 226.

Esse arranjo social foi produto característico da união dissolvida pelo divórcio, em sua maioria pela mãe e sua prole, bem como daqueles filhos de mulheres não casadas. Igualmente, constituía uma situação discriminada socialmente, mal visto era o comportamento feminino daquela mulher que desempenhava sozinha a função do lar e da educação dos filhos, por haverem rompido com a verdade irrefutável da igreja, onde o casamento deveria ser uma instituição inegavelmente necessária.

Vindo de uma sociedade estigmatizada pelo instituto do casamento, eram comuns casos de mães com filhos provenientes de relações passageiras serem discriminados socialmente. Além de serem ditos filhos ilegítimos de seus pais, quando o caso, carregavam a

⁵⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 17.

⁵¹ PEREIRA, Op. cit.

marca de serem filhos de “mães solteiras”. Sem contar com aqueles que vinham de casais separados e eram discriminados por serem filhos de “mães separadas”. Ao reconhecer as famílias monoparentais, o legislador destruiu outro muro de discriminação que havia na sociedade, além de garantir a proteção merecedora.

A grande transformação em Direito de Família, no ordenamento pátrio, conta-se de 1988 em diante, com o advento da Constituição Federal. O artigo 226, do texto promulgado, é o responsável pela disciplina da proteção constitucional garantida à família. Em seu *caput* dispõe que *a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. Ocorre que, por força do novo texto constitucional, esta *família* juridicamente considerada, não mais se limita aquela constituída pelo casamento civil.

A *família* a partir de então protegida pelo legislador, não está limitada em um modelo único engessado, mas na reunião de pessoas ligadas por vínculos afetivos. Reflexo das transformações sociais, o conceito jurídico dispõe daquilo que a sociedade faticamente já havia consagrado. A família, anteriormente calcada relação heterossexual, com comunhão de vida – e patrimônio, com fins de procriação, vai sendo substituída por uma família mais descentralizada, onde o Estado, inclusive, passa a se ocupar de algumas obrigações anteriormente designadas a esses núcleos.

1.4 Pela Constitucionalização de um direito e a Livre Formação da Família

Ao ser considerada *base da sociedade*, eleva-se o direito de família a um direito de constituir uma família. Funda-se então, a própria existência social na idéia inicial de que toda pessoa tem uma família – ou deveria tê-la. Garantir o direito de formar uma família pressupõe, assim, condição para a própria dignidade da pessoa humana. Ora, se ela é o que dá sustentação à sociedade, seus cidadãos não apenas tem seu direito reconhecido no âmbito familiar, mas possuem o direito próprio de constituírem as suas famílias.

Nessa perspectiva, toda pessoa nasce – ou deveria nascer, inserida em um núcleo familiar, bem como dará passos na formação de vínculos afetivos que lhe proporcione a construção daquilo que possa denominar de (sua) família. Tamanha a fundamental importância atribuída à célula que ela recebe *proteção especial do Estado*. Assim, uma vez que a entidade familiar é objeto de cuidados especiais, seus agentes são os detentores dessa proteção, podendo valer-se desse direito no âmbito dos direitos fundamentais, já que constitui regra constitucional.

A preocupação jurídica com o direito fundamental do indivíduo em *estar em família* traduz-se, por exemplo, a inserção normativa da União Estável e da família Monoparental. A Carta Magna promoveu verdadeira revolução ao conceito jurídico que, até então, atribuía-se a família. Reconheceu a presença indispensável do elemento subjetivo – *afeto*, para verificação de uma entidade familiar. Os laços jurídicos refletem, assim, o fenômeno social. Posto que família não é norma, mas fato.

A inclusão da criança ou do adolescente em família substituta, por exemplo, demonstra mais uma vez o caráter fundamental que exerce a família na vida do indivíduo, assumindo o Estado, juntamente com a sociedade, o compromisso de assegurar esse direito à convivência familiar, nos termos do art. 227, da Constituição Federal.

Ademais, no âmbito do *caput*, do art. 226, vale ressaltar que ao disciplinar apenas que a *família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*, não houve uma delimitação terminológica do que se venha a ser considerado família. Fato este que se confirma com os parágrafos seguintes, dispondo que:

§ 1º - O **casamento** é **civil** e gratuita a celebração.

§ 2º - O **casamento religioso** tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a **união estável** entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como **entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes**. *Grifo nosso*.

Destarte, mais uma vez faz-se presente o caráter de liberdade na constituição da família. Para o legislador, não apenas uma ou outra família é detentora de direitos e proteção especial, mas sim as famílias, sendo estas consideradas como toda reunião de pessoas ligadas por vínculo sanguíneo, jurídico ou afetivo em comunhão de vida.

Vale ressaltar discussão existente relativa ao tema, no que diz respeito a tutela jurídica das famílias. Há quem defenda - corrente doutrinária menos representativa, que ao disciplinar apenas essas três formas de família, quais sejam: o casamento, a união estável e a família monoparental, o legislador constituinte apenas protegeu e, conseqüentemente, reconheceu como família os grupos constituídos em um desses moldes. Assim, o conceito de família seria taxativo, não admitindo interpretação extensiva aos demais núcleos que não preenchem essas características. Para os representantes dessa bandeira haveria, ainda, certa dificuldade em estabelecer um consenso quanto à existência de uma hierarquia preferencial no rol do Art. 226, da Constituição Federal.

Em via contrária, encontramos nos ensinamentos de Paulo Lôbo⁵² doutrina à qual nos filiamos, a concepção de que para fins de proteção Constitucional, o conceito de família não se limita aos exemplos estabelecidos pelo art. 226, mas vai além dos *numerus clausus*. Nessa perspectiva, atribuir ao conceito de família uma delimitação normativa seria interpretar esta norma constitucional como regra de exclusão. Proporcionar tal comportamento seria iniciar uma fila de situações discriminatórias na sociedade brasileira, fato este que não se pode permitir num Estado Democrático de Direito. Desta forma, para os seguidores dos ensinamentos do professor Paulo Lôbo, a referida norma constitucional não é de exclusão, e sim de inclusão.

Neste sentido, a Constituição teria apenas delineado um rol de possíveis formas de famílias existentes na sociedade contemporânea, o que não significa dizer que qualquer outra forma de família existente seja excluída da apreciação e da segurança do ordenamento jurídico, “não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.”⁵³

Entender o art. 226 como norma de exclusão não nos parece interpretação que coaduna com os princípios estipulados na Constituição. Vejamos. Desde o preâmbulo a Constituição sinaliza para uma proposta de Estado Democrático destinado a promover justiça e igualdade numa sociedade pluralista. Dispõe que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte **para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional**, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁵⁴ *Grifo nosso.*

Representa o preâmbulo diretrizes políticas, inclusive ideológicas, do texto que passa a reger determinada sociedade a partir de então. O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 traça linhas que servirão de guia para as políticas futuras que terão por objeto a sociedade brasileira. Esta preocupação em *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tendo a liberdade, a igualdade e a justiça como valores*, é ratificada já nos primeiros dispositivos da Carta.

⁵² LÔBO, Op. cit,

⁵³ Idem ibidem.

⁵⁴ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

O artigo primeiro, em seus incisos segundo e terceiro, respectivamente, estabelece como *fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana*. Em seguida, o artigo terceiro da Constituição Federal prega que:

Art. 3º **Constituem objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - **construir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.** *Grifo nosso.*

Ora, uma vez que a família é considerada base da sociedade, e esta compreende a reunião dos indivíduos, logo se torna indispensável que todo sujeito esteja inserido em uma família. No entanto, como já tratamos, a família é fenômeno social, reconhecida nos dias atuais como laço de afeto. Dessa forma, a família é o núcleo onde o sujeito estabelece sua comunhão de vida com outras pessoas, e essa formação independe de regra jurídica, mas é fato natural.

Sendo fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, considerar o sujeito excluído da proteção constitucional por não estar a sua família enquadrada em um modelo pronto, é *não* proteger sua dignidade, bem como proibi-lo do exercício direto da própria cidadania. Além do mais, destina-se a sociedade brasileira à promoção do bem de todos, independente de qualquer forma de discriminação.

Preferir o casamento à união estável, ou esta à família monoparental é estabelecer aberta discriminação e preconceito. Da mesma forma, não reconhecer outros vínculos afetivos como família destina-se a promover a mesma exclusão.

No *caput* do art. 226 operou-se a mais radical transformação, no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução “constituída pelo casamento” (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional “a família”, ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. O fato de, em seus parágrafos, referir a tipos determinados, para atribuir-lhes certas conseqüências jurídicas, não significa que reinstituíu a cláusula de exclusão, como se ali estivesse a locução “a família, constituída pelo casamento, pela união estável ou pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos”. A interpretação de

uma norma ampla não pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos.⁵⁵

Passamos, nessa ordem, para extenso rol de possíveis arranjos familiares os quais Paulo Lôbo tenta reuni-los como:

- a) Casal heterossexual casados com filhos biológicos, filhos adotivos, ou filhos biológicos e adotivo;
- b) Casal heterossexual em união estável com filhos biológicos, filhos adotivos, ou filhos biológicos e adotivos;
- c) Pai ou mãe com filhos biológicos, filhos adotivos, ou filhos biológicos e adotivos;
- d) União de parentes que vivem em interdependência afetiva, sem um ascendente para vigiá-los;
- e) Pessoas sem laço de parentesco que passam a viver em comunhão de afeto e sem cunho sexual;
- f) Casal homossexual com vínculo afetivo e sexual.

Em virtude das relações pessoais constituírem fato natural, os vínculos afetivos conseqüentes do fenômeno *sociedade* incluem as relações instituídas entre pessoas do mesmo sexo que estabelecem entre si laços estreitos de afeto de cunho sexual. Os paradigmas estabelecidos pelos padrões considerados *unicamente corretos* sofreram rupturas em razão das diversas transformações ocorridas – a idéia de união indissolúvel, a igualdade entre homem e mulher, os avanços da ciência e da tecnologia.

A corrida pelos direitos individuais inclui entre seus participantes o direito das pessoas homossexuais. Essas relações afetivas fazem parte do cenário social e são passíveis de proteção jurídica. Mas apesar dos diversos avanços sociais e jurídicos pela inclusão das famílias, o direito fundamental de constituir família sofre limitações quando a discussão parte para o campo da homossexualidade.

A união constituída entre pessoas do mesmo sexo são estabelecidas com base na afetividade, estabilidade e publicidade⁵⁶, requisito para caracterização de qualquer entidade familiar, mas diferem dos pares tradicionais, quanto ao sexo dos sujeitos envolvidos. Ao invés de um casal formado por um homem e uma mulher, a família homossexual apresenta-se com a união do par de iguais – dois homens ou duas mulheres. Essa representação social diz respeito ao exercício da liberdade assegurada constitucionalmente.

⁵⁵ LÔBO, op. cit.

⁵⁶ Ibem, ibidem.

Entre os valores consagrados constitucionalmente, e já expostos neste trabalho, identificamos a *promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Ora, constituir família é um direito fundamental do cidadão, ao considerá-la base da sociedade. Essa família, por sua vez, independe de forma ou de quem a está integrando. Chegamos, assim, ao plano da isonomia. O princípio da igualdade, um dos guardiões da Carta Constitucional, pretende exatamente o exercício do direito independente de qualquer segregação – visto que a este conceito atribui-se *tratar os iguais de forma igualitária e os desiguais de forma desigual, na medida de suas diferenças*.

Incube-nos estabelecer, neste aspecto, a delimitação entre igualdade formal – perante a lei - e igualdade material – no que dispõe a lei. “A igualdade perante a lei diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídicos decorrentes da normatividade existente”⁵⁷. Portanto, radica na igualdade jurídica – no plano formal – o direito das relações homossexuais em serem consideradas entidades familiares.

O destinatário da proteção especial do Estado, atribuída à família, é o sujeito. Ao conceder proteção especial, não apenas a entidade familiar encontra-se revestida de proteção dos institutos jurídicos, mas inclusive seus membros. Considerando o *caput* do art. 226 como norma de inclusão, não há como excluir da proteção Constitucional as relações homossexuais, tendo em vista a liberdade consagrada pela Carta Magna como princípio.

Tal liberdade não se esgota no exercício da cidadania ou na pretensão daquilo que não está proibido, mas diz respeito à própria expressão sexual, incluído nesse aspecto o vínculo afetivo que possa ser selado. Uma vez que a família decorre dos fatos sociais, é consequência do princípio da liberdade a entidade familiar formada a partir de casais homossexuais – como de fato está presente na sociedade.

Desta forma, nos prendemos às palavras de Thomas Jefferson, quando, já em 1776, o mundo sentia a necessidade de respeitar-se cada integrante de uma sociedade como ele era, e que os direitos deveriam ser criados pelas necessidades dos homens, e não para transformá-los em um objeto jurídico a gosto de Estado, assim:

Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo criador de certos direitos

⁵⁷ RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.32.

inalienáveis; que, entre eles, estão a vida, a liberdade e a busca pela felicidade; [...], baseando-se em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade.⁵⁸ (Grifo nosso).

Tendo em vista as linhas diretrizes do sistema constitucional, parece-nos dispensável qualquer previsão expressa para reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, tal como alguns defendem. Entendemos a família como fenômeno social e constitucionalmente protegida em todas as suas formas. Via de regra, o movimento que deve ser seguido é da norma em consonância com os fatos da vida, e não o contrário, especialmente em razão da origem dos vínculos que estabelecem uma família – estes não podem ser dogmatizados.

Busca-se responder à essas questões sociais relativas a família desde há muito, no entanto Engels⁵⁹ já respondia, em seus dias, advertindo que “a única coisa que se pode responder é que a família deve progredir na medida em que a sociedade se modifique. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema”.

Ademais, passível está que a família não se constitui de um modelo único, sendo consequência dos arranjos sócio-culturais de cada época. As famílias contemporâneas *são* e não mais *é*. Assim, o núcleo pode ser constituído pelas mais diversas variantes, seja pelo par matrimonializado ou não, com ou sem prole, com um único ascendente ou sem a presença de ascendente hierárquico, e, por que não, pelo par do mesmo sexo. Passamos, então, a análise do exercício da sexualidade e sua concepção nas relações sociais. Como é definida a identidade do sujeito e sua atuação a partir dos padrões pré-estabelecidos,

⁵⁸ JEFFERSON, Thomas apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.154.

⁵⁹ ENGELS, op.cit, p.85.

2 A HOMOSSEXUALIDADE – O DIREITO DE SER

A questão da sexualidade, até que alcance o plano jurídico, passa pela análise no plano social. Os valores e padrões estabelecidos engessaram as relações afetivo-sexuais dos sujeitos em um único modelo, relegando a invisibilidade qualquer comportamento diverso da relação homem/mulher. A homossexualidade durante muito tempo esteve encoberta por esse véu, enfrentando um longo caminho até sua insurgência ao debate aberto acerca da sexualidade. Faremos, então, uma análise desse percurso na luta da minoria pela inclusão dos sujeitos na pauta institucional.

É visível, nas últimas décadas, a grande mudança do comportamento e das práticas sociais atreladas à sexualidade. A entrada na mulher no mercado de trabalho e sua competição com a figura masculina, o rompimento do modelo familiar matrimonializado, bem como os avanços da reprodução assistida colocaram em cheque parâmetros estabelecidos de uniões monogâmicas e heterossexuais. Nessa dinâmica, encontram-se os relacionamentos homossexuais que se chocam com a ordem estabelecida e acabam sofrendo com a intolerância social e com as barreiras impostas pelo sistema.

A resistência ao reconhecimento das relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo transparece um medo social pela reorganização dos padrões que foram dispostos historicamente. A discussão em torno desses casais, segundo Miskolci⁶⁰ “evoca um dos temas clássicos da sociologia: a dinâmica da reprodução e da mudança social”. A homossexualidade é um comportamento que questiona ideologias, valores e relações de poder. Apresenta um modo diferente de ser quanto à sua expressão sexual, sendo considerada de segunda ordem por ir de encontro ao padrão de certa maioria.

No entanto, a sexualidade é condição própria de qualquer ser humano. Ao exercício sexual sempre esteve ligada a idéia de procriação, por ser a forma direta de reprodução da espécie, além de preencher planos mais subjetivos no campo do desejo e da vontade. No entanto, a relação homossexual rompe com essa estrutura, além de representar certa ameaça à masculinidade, uma vez que a relação homossexual coloca em linha de igualdade os gêneros, atuando tanto o homem quanto a mulher nas mesmas posições sociais, numa relação constituída pelo par igual.

O fato é que relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo são constantes sociais. Não por serem comportamentos novos ao convívio, mas, e principalmente, porque os casais

⁶⁰ MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay. IN: _____(Org). *Cadernos Pagu* – querer. Universidade Federal de Campinas: 2007, p. 103.

homossexuais estão conseguindo vencer as barreiras do preconceito, dos conceitos morais e de dogmas religiosos pregados ao longo dos anos. Estão assumindo suas condições e estão saindo da escuridão que os encobriam – o exercício da sexualidade está sendo inserido no plano da visibilidade a cada dia, com mais frequência, casais homossexuais estão nos mais variados estabelecimentos, e em locais públicos, mostrando à população que essa realidade é fato social.

Constituídas de forma pública, notória e duradoura, essas uniões se estabelecem como novas formas de famílias e exigem da esfera pública igualdade de reconhecimento em relação ao tratamento atribuído aos casais homossexuais. Os novos arranjos sociais, estabelecidos pela comunhão de vida em laços de afeto, incluem as relações estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo – dois homens ou duas mulheres, de modo que na dinâmica familiar as relações homossexuais têm se mostrado presente, mesmo diante da recusa de algumas instituições.

Numa perspectiva otimista, as relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo têm alcançado certa visibilidade social, e alguma parceria positiva por parte do judiciário. Esses relacionamentos ganharam alguma aderência de parte do judiciário dando-lhes, em alguns Tribunais, o reconhecimento de relação de direito de família, o que até algum tempo não acontecia de forma alguma. Quando por exemplo, em um primeiro momento, as disputas envolvendo relações homoafetivas eram sempre discutidas dentro do Direito das Obrigações, e eram tratadas apenas como uma sociedade de fato.

Para tanto, regulamentava-se uma possível divisão patrimonial, quando necessário, na categoria de sócios, e não existia qualquer disposição em elevá-los à categoria de relação afetiva. Com a identificação do *afeto* – como principal elemento subjetivo presente na comunhão estabelecida, foi possível entender que esta seria apenas mais uma relação possível na dinâmica das relações interpessoais em direito de família, presente na sociedade contemporânea. Inserido em um dos planos da liberdade individual, o exercício da sexualidade passou a ser discutido – e rediscutido, como direito fundamental do sujeito e integrante da realização pessoal, devendo ser protegido no plano da dignidade humana.

2.1 Identidade sexual

O modelo heterossexual firmado desde sempre impôs toda uma estrutura nas relações públicas e privada e ditou os comportamentos advindos destas. Uma das questões estabelecidas pelo mundo heterocêntrico diz respeito à determinação da identidade sexual, a partir de conceitos preestabelecidos. Antropologicamente foi construído um modelo hierárquico na relação homem/mulher, proveniente da sociedade patriarcal, que firmou o conceito de *papeis definidos*, que estavam ligados diretamente ao gênero. Assim, ditos “naturais” seriam os comportamentos desenvolvidos nas relações heterossexuais, onde homem e mulher atuavam nos limites de suas funções sociais. Inadmissível seria qualquer relação desvirtuada deste caminho ou expressão que não se enquadrasse na concepção de masculino ou feminino.

O perfil, inclusive, criado em torno dos gêneros estabeleceu um sexismo. O homem – pela figura masculina, detentor da chefia da família e comandante da relação afetivo-sexual, sobrepõe-se à mulher que ocuparia nessa divisão tarefas em uma posição secundária. Desta construção decorre a idéia de comportamento sexual ativo para o homem e passivo para a mulher. O engessamento da relação, nesses parâmetros, desemboca numa confusão dos conceitos, mais tarde rebatidos: gênero sexual e orientação sexual⁶¹.

Essa definição de identidades e práticas sexuais impõe rótulos, fixados rigidamente e que atuam de forma separatista entre *normal* e *anormal*, *importante* e *marginal*, criando em torno da identidade sexual, certas convenções culturais⁶². Nessa perspectiva, o gênero homem está atrelado a um padrão próprio, em sua maioria machista, heterossexual e completamente dissociado de funções consideradas femininas. A mulher, por sua vez, em seu papel coadjuvante, não poderia romper com os limites impostos, dedicando-se exclusivamente a atribuições que não distorça sua identidade feminina, como atividades domésticas e educativas, por exemplo.

Cabe salientar que, quando se permite alguma variação nessa continuidade substantiva dos sexos, a mesma matriz de pensamento continua operando,

⁶¹ CARRARA, Sérgio; SIMÕES, Júlio. Sexualidade, cultura e política: a trajetória da identidade homossexual masculina na antropologia brasileira. IN: MISKOLCI, Richrad (Org). *Cadernos Pagu – querer*. Universidade Federal de Campinas: 2007, p. 65-99.

⁶² RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. IN: *Horizontes Antropológicos*. Ano 12. n. 26. Porto Alegre; jul/dez 2006, p. 71-100.

procurando identificar novas coerências (como por exemplo mulher masculina/ homem feminino, mulher homossexual/homem homossexual).⁶³

Dessa dualidade homem/mulher, masculino/feminino, houve um monolítico exercício da sexualidade que não admitia variáveis. O comportamento homossexual não se enquadra nos parâmetros considerados de primeira ordem, oferecendo a possibilidade de novos arranjos que se chocam com a pirâmide heterossexual da sociedade. O homem homossexual, por exemplo, representa uma ameaça aos valores e as ideologias machistas, ao atuar passivamente na relação. O homossexual não nega sua identidade de gênero, no entanto redesenha o perfil desses, oferecendo uma pluralidade de comportamentos. A diversificação na atuação dos atores sociais rompe com alguns conceitos pré-estabelecidos, tais como reprodução e divisão de poder.

Por trás dos temores de degeneração sexual reside o medo de transformações profundas em instituições como a família. Considerava-se que a então chamada “inversão sexual” constituía uma ameaça múltipla: à reprodução biológica, à divisão tradicional de poder entre o homem e a mulher na família e na sociedade e, sobretudo, à manutenção dos valores e da moralidade responsáveis por toda uma ordem e visão de mundo.⁶⁴

Depreende-se dessa nova imagem a diferença entre gênero e orientação⁶⁵ sexual. A homossexualidade representa uma das expressões sexuais do ser humano. O homossexual não deixa de ser homem ou mulher, quanto ao gênero, nem pretende fazê-lo, mas relaciona-se afetivo e sexualmente com alguém do mesmo gênero que o seu. Entretanto, esse comportamento nos relacionamentos interpessoais rompe definitivamente com os padrões, causando resistência de alguns às mudanças, o que deságua no preconceito e/ou discriminação.

Nesse sentido, o sujeito homossexual não interessa às instituições controladoras, sendo relegado a um segundo plano. Para aqueles desinteressados na quebra do sistema, o debate fica ainda limitado ao discurso da heterossexualidade/homossexualidade - certo e possível/errado e não permitido, impossibilitando o estudo do tema no plano da liberdade individual do sujeito.

Ser homossexual é parte da identidade de alguém. A orientação sexual desenvolvida no mais íntimo da personalidade não é objeto de controle do Estado, nem poderia ser – tendo

⁶³ ARÁN, Márcia; CORRÊA, Marilena. Sexualidade e Política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual. IN: *PHYSIS*: Rev. Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 2004, p. 336.

⁶⁴ MISKOLCI, op. cit, p.105.

⁶⁵ Termo utilizado neste trabalho para se referir à direção do desejo e/ou condutas sexuais de alguém.

em vista que suposto elemento seria impossível de ser alcançado e, conseqüentemente, tutelado. Portanto, o comportamento homossexual tem sido aceito como característica indissociável do sujeito. Desta forma, a tutela da sua qualidade de ser, está inserida no plano das liberdades, em consonância ainda com o que preceitua o Art. 3º, IV e o Art. 5º, caput, ambos da Constituição Federal. “A proibição da discriminação sexual, eleita como cânone fundamental, alcança a vedação à discriminação da homossexualidade, pois diz com a conduta afetiva da pessoa e o direito à livre orientação sexual.”⁶⁶

O movimento religioso é um dos setores da sociedade que mais rebatem o comportamento homossexual. Em razão dos preceitos cristão, a homossexualidade é abominada como comportamento e o homossexual é visto como sujeito desviado de um caminho considerado *natural*. No entanto, em uma decisão um tanto contraditória, o Vaticano não deixa de reconhecer como elemento intrínseco ao sujeito, quando em 2005, confirmou o estudo da criação de uma ordenação destinada aos homens homossexuais que querem ser padres. Tal posição revela um reconhecimento, mesmo que involuntário, do sujeito como tal.

A comunidade *gay* representa um número que ultrapassa a casa dos 10 milhões de cidadãos em todo o Brasil⁶⁷. Isso tratando daqueles que se declaram homossexuais. Das classes baixas até as mais altas, temos casais que vivem e dividem o mesmo teto. Não é tão raro ver, hoje em dia, dos bairros simples, até os condomínios sofisticados, casais homoafetivos que levam uma vida como qualquer outro casal heterossexual.

Se o afeto é, assim, o regente das relações de família e, principalmente, por ele deve ser guiado o magistrado brasileiro no momento de verificação de um caso de família, não se deve diferenciar os casais brancos dos negros, ou os pobres dos ricos, ou os casados dos que vivem em união estável, nem os homoafetivos dos heteroafetivos. Família é e vai ser sempre a base de formação de qualquer ser humano, seja ela firmada nas suas mais diferentes formas, numa dinâmica que lhe é própria.

Esse comportamento sexual parece ser mais antigo do que a própria história possa precisar. Encontram-se registros que apontam que desde as eras Geológicas já se desenvolviam relacionamentos eróticos dessa natureza.

Alguns registros arqueológicos, mais antigos, apontam para 12000 a.C, na Era Paleolítica, a existência das relações homossexuais. Onde algumas pinturas de caverna e centenas de "batons" fâlicos foram encontrados na caverna de Gorge d'Enfer, em Dordonha, na França. Entre os exemplares encontrados destaca-se um dildo duplo supostamente utilizado para em

⁶⁶ DIAS, op. cit, p. 75.

⁶⁷ Os dados são de organizações não governamentais, tendo em vista que IBGE não disponibiliza tal informação.

relações sexuais entre mulheres. Outros registros arqueológicos apontam para 5000 a.C, na Era Mesolítica, onde o homo erotismo está representado em uma rocha encontrada em Addara, na Sicília. Nessa inscrição em rocha, homens e mulheres dançam ao redor de duas figuras masculinas com ereção. Supõe-se que esse registro represente uma relação homo erótica.⁶⁸

Sabe-se que nas civilizações mais antigas, passando pelos povos romanos, egípcios, gregos, bem como os assírios, as relações homossexuais fizeram parte tanto da religião, como de institutos sociais. Registros indicam, ainda, que no século XX a.C, na civilização Mochicha, da região dos Andes, na América do Sul, foram retratadas a penetração per *annum* em 3% da coleção de cerâmicas coletadas, datando, mais ou menos, de 1000 a.C.⁶⁹

Os gregos atribuíam às relações homossexuais alguns predicados como a intelectualidade, a estética corporal e a ética comportamental, sendo consideradas mais nobre do que a relação heterossexual.⁷⁰ As relações homossexuais foram desenvolvidas, também, nas civilizações gregas e romanas, no que se identifica como pederastia militar. Historiadores apontam que essa prática era comum entre filósofos. Na idade média, no período renascentista, a história registra a prática do comportamento homossexual na vida de alguns artistas, bem como dentro dos mosteiros.

Um dos primeiros questionamentos a ser feito, quando o assunto é homossexualidade, diz respeito ao significado da palavra homossexual. Ordinariamente, quando utilizada, refere-se a homens que se relacionam com homens, ou mulheres que se relacionam com mulheres. Originalmente, a palavra homossexual é a composição do prefixo *homo*, proveniente do grego *homós*, que significa igual ou semelhante, com o adjetivo sexual, que quer dizer relativo ao sexo, a cópula ou ato sexual.⁷¹ Desta forma, tecnicamente, homossexual trata-se de pessoas que se relacionam sexualmente com pessoas do mesmo sexo. Vale ressaltar que:

Até 1892, não existia homossexualidade. Havia certamente, mulheres e homens que mantinham relação sexual com parceiros do mesmo sexo e que podiam torna-se alvo de reprovação ou punição por transgressão sexual. Porém, esses atos não os marcavam como pessoas inerentemente ou fundamentalmente diferentes das outras. Em suma, a atividade sexual não constituía um marcador determinando da identidade. No final do século

⁶⁸ *Cronologia dos Direito Homossexuais*. Disponível em: <http://www.jornallivre.com.br/46506/cronologia-dos-direitos-homossexuais.html>. Acesso em 01/06/2008.

⁶⁹ Idem, *ibidem*.

⁷⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania: O Novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.111.

⁷¹ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões Homoafetivas: efeitos jurídicos*. São Paulo; Método, 2004, p.21.

XIX, sobretudo pela ascensão de um novo discurso médico-científico preocupado com o estudo e classificação das patologias; eis que surge uma nova espécie: o “homossexual”.⁷²

2.2 O exercício da sexualidade sob diferentes perspectivas

A homossexualidade é um tema difícil. Tendo em vista que o comportamento quebra as barreiras sociais fixadas, tornando-se um comportamento indesejado pelos grupos de controle. A idéia do coito sexual estritamente ligado a procriação, enquadrando o exercício da sexualidade em um padrão de ser natural ou contra a natureza, não havendo qualquer possibilidade do discurso ser ampliado além dessa dicotomia. Dessa forma, o preconceito ao homossexual e à homossexualidade sempre foi a maior barreira para inclusão desses sujeitos na vida social, além de servir como combustível para as diversas hipóteses criadas com a finalidade de renegar ou rechaçar esse comportamento.

O imperativo de resistir às transformações sociais requer a utilização de mecanismos, que no caso da aversão ao comportamento, e conseqüente união, homossexual dá-se, nas palavras de Miskolci, “como pânico morais, aqueles que emergem a partir do medo social com relação às mudanças”.⁷³ Adotou-se em relação à homossexualidade a ideia de perversão, já que não poderia ser tolerado. Essa *perversão* seria uma ameaça a ordem existente, devendo assim ser objeto de controle por parte das instituições.

Nesse sentido, o *pânico moral* se estabelece para o controle dessa situação. A identidade homossexual tende a ser associada a outros comportamentos, criando-se uma imagem ligada àquilo que é reprovado, como, por exemplo, promiscuidade e/ou práticas ilícitas. Segundo Mello “isso porque a homossexualidade, por si só, é vista por muitos como um misto de pecado-doença-crime, despertando rejeições de intensidades variadas em diferenciados segmentos sociais, o que faz dos homossexuais um dos agrupamentos mais atingidos pelas complexas lógicas de intolerância, preconceito e discriminação”.⁷⁴

A partir dessa perspectiva, elaboram-se mecanismos capazes de disciplinar essas condutas. Na abordagem religiosa, a tendência é a pregação de uma conduta condizente com a santidade, que em termos de sexualidade conjugal deve ser convertida na relação heterossexual. Esse discurso leva o sujeito a reprimir o desejo em razão do medo que lhe é

⁷² VIEIRA, Luciana Leila Fontes. As múltiplas faces da homossexualidade na obra freudiana. IN: *Revista Mal-estar e Subjetividade*. 4 v. n. 2. Fortaleza: jun/2009, p.490.

⁷³ MISKOLCI, Op. cit, p.103.

⁷⁴ MELLO, Luiz. Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. IN: *Cadernos Pagu*. Universidade Federal de Campinas: janeiro-junho de 2005, p. 202.

injetado pelo *castigo* que haveria de vir por conseqüência. Com o desenvolvimento do cristianismo, no mundo, a homossexualidade passou, então, a ser considerada uma anormalidade⁷⁵. Tal comportamento, seria uma atitude pecaminosa e da maior repugnância. Passagens do texto sagrado da Bíblia, atribuiriam ao comportamento homossexual, existente a época, a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra⁷⁶, por exemplo.

No plano médico-científico houve a patologização da homossexualidade. Dessa forma, seria necessário buscar uma *cura* para o sujeito, através das mais diversas práticas, desde a terapia ao internamento. Segundo Miskolci “saberes e práticas se uniam em busca da “cura” ou reabilitação desses indivíduos. Dominava a percepção de que a homossexualidade era prova visível de uma natureza sexual degenerada”.⁷⁷

Até 1985, a homossexualidade era considerada uma doença, pertencendo, na Classificação Internacional de Doenças (CID), ao capítulo das Doenças Mentais, subcapítulo dos desvios e transtornos sexuais. Naquele mesmo ano, foi publicada uma circular, pela Organização Mundial de Saúde - OMS, informando que o homossexualismo deixara de ser uma doença, passando a ser considerado um comportamento social, decorrente de aspectos discriminatórios. A partir daí, prefere-se o termo *homossexualidade* a *homossexualismo*. O sufixo *ismo*, que significa doença, foi substituído por *dade*, que significa modo de ser.

Na esfera pública, o comportamento sexual advindo da relação entre pessoas do mesmo gênero, teria seu controle pela correspondência à prática de um ilícito. Um das formas, por exemplo, é atrelar a homossexualidade à pedofilia. Ao conjugar o exercício da sexualidade a essa prática indesejada e inadmissível, se estabelece no imaginário social a imagem negativa e reprovável. Outra forma é a tipificação criminosa.

Em diversos sistemas a repressão ao comportamento homossexual aconteceu – como ainda acontece, pela classificação do ato como um ilícito penal. Essa é uma forma de retirada do homossexual do convívio social, além de reprimir a conduta por parte de outros indivíduos. Atualmente, mais de setenta países tipifica a homossexualidade como conduta

⁷⁵ Abominação é o termo encontrado em algumas traduções bíblicas. A quem questione o sentido de *abominação* utilizado para se referir aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Alguns defendem que *abominável* é usado na Bíblia hebraica para denotar um ritual equivocado – daquele considerado correto, e não para se referir a algo imoral. Sobre questionamentos Bíblicos acerca da homossexualidade assistir Como diz a Bíblia (2007). Documentário. Direção: Daniel G. Karslake

⁷⁶ Aqueles que defendem que a Bíblia deve ser interpretada de acordo com o contexto histórico, esclarecem que o comportamento violento dos cidadãos daquela cidade foi a causa de sua destruição e deve ser visto pelo crime da agressão sexual e não por questões de haver sido um comportamento homossexual. Livro sagrado dos Cristão, livro dos Gênesis 19:28.

⁷⁷ MISKOLCI, Op. cit, p.106.

criminosa.⁷⁸ Recentemente, os olhares de voltaram para o continente africano, em razão do projeto de lei do deputado da Uganda, David Bahati, que pretende instituir até pena de morte para a prática homossexual naquele país. Para o parlamentar, a homossexualidade “é um mal”, devendo os homossexuais “serem tirados da rua e presos”.

O projeto é objeto de preocupação para os diversos países signatários dos diplomas em defesa dos direitos humanos e que trabalham pela criação de direitos em favor dos homossexuais. No entanto, setores religiosos apoiaram a idéia, por entendem que homossexual é *carente de reabilitação*. A iniciativa do deputado africano traduz perfeitamente o medo social na reorganização das formas de família. A sociedade do novo século estaria de tal forma fragilizada que a homossexualidade seria uma ameaça ao sistema convencionado.⁷⁹

Por essa “necessidade de proteção da instituição” coloca-se a homossexualidade em segundo plano, em um patamar de inferioridade em relação ao padrão heterossexual. O *diferente* se torna *transgressor*, sua conduta precisa ser controlada e não se admite qualquer tentativa de inclusão que possa romper com a hierarquia estabelecida. Mais uma vez o debate fica reduzido ao dualismo heterossexual/homossexual - certo/ errado.

Essa visão estagnada da sexualidade do sujeito se transfere para o mundo jurídico. As normas tendem a ser elaboradas de acordo com o padrão criado. Por isso a necessidade de ampliar o debate das liberdades individuais. O exercício da sexualidade integra a própria natureza humana. É inerente à condição do ser humano, sendo seu desenvolvimento direito fundamental, visto que agrega-nos desde o nascimento. Não se concebe integral respeito à formação da pessoa, nem à sua dignidade, quando não forem respeitados seus aspectos mais íntimos. O exercício da sexualidade é um desdobramento do direito constitucional à Liberdade, princípio consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

Assentado o âmbito de proteção do direito da sexualidade, necessitam-se explicitar seus princípios fundamentais. Liberdade e igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico seriam estes princípios, cuja afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade.⁸⁰

⁷⁸ A ILGA – International Lesbian na Gay Association disponibilizam um mapa mundial dos tratamento dispensado aos homossexuais, desde a classificação como crime, até a perspectiva de leis afirmativas em benefício dos homossexuais.

⁷⁹ MISKOLCI, Op. cit.

⁸⁰RIOS, Roger Raupp. *Em defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2007, p. 24.

O Princípio da Liberdade garante, a cada um, o direito de escolher seus próprios valores e ideais de vida. Pela pluralidade das relações sociais, o sujeito detém o direito de optar pelo caminho que considerar mais importante na busca de suas realizações pessoais, profissionais e de sua intimidade. Como pressupostos, fundamentos e princípios constitucionais, os valores de Liberdade e Igualdade exigem do processo jurídico maior alcance e tutela das relações, especialmente no plano da sexualidade.

Liberdade e igualdade, neste contexto, desdobram-se em inúmeros direitos, manifestações mais concretas de seus conteúdos na esfera da sexualidade. Tal perspectiva, efetivamente, agrega a estes direitos conteúdo jurídico suficiente a enfrentar uma série de situações envolvendo relações individuais e sociais onde a sexualidade e a reprodução humanas estão envolvidas de modo significativo. Esta aptidão depende da compreensão jurídica, principalmente daquela disseminada entre os operadores jurídicos, relativa às conseqüências jurídicas de muitos direitos humanos clássicos, bem como do nível de informação acerca da vigência e da eficácia jurídicas dos instrumentos internacionais de direitos humanos incorporados aos direitos nacionais. Um bom exemplo da necessidade desta compreensão pode ser fornecido pelos princípios vigentes no direito internacional dos direitos humanos, também aplicáveis diante das realidades da sexualidade e da reprodução: o direito à igualdade se desdobrou na proteção das diferenças dos diversos sujeitos de direito, vistos em suas peculiares circunstâncias e particularidades que demandam respostas e proteções específicas e diferenciadas, consagrando o *princípio da diversidade*.⁸¹(grifo nosso)

É diante dessas transformações, que emergem no moderno Estado Democrático, que se discutem modificações na interpretação da norma jurídica. Os novos padrões sociais e os novos valores estabelecidos, pela sociedade contemporânea, estão desmistificando certos dogmas impostos juridicamente, principalmente pela influência da religião, durante séculos, e parecem exigir do direito uma transformação, a fim de recepcionar as necessidades desses cidadãos. Nesta perspectiva, o exercício da sexualidade é direito inerente ao sujeito. De modo que a promoção da cidadania, em uma sociedade plural, deve ser feita, especialmente, pelo acesso dos sujeitos ao palco jurídico. O papel da sociedade política ao promover atos e normas em respeito das individualidades é indispensável nesta conjuntura.

Para que uma sociedade de pessoas livres exista e continue a existir, é preciso que ela diga menos a respeito do bem da vida de cada um, para dizer mais a respeito da vida de todos em comum, mesmo que todos pensem diferentemente. Isto implica que a sociedade política (a comunidade das comunidades) não tenha propósitos totalizantes, isto é, pretensões de definir o bem que deve ser buscado individualmente pelos seus membros. Esses bens são deixados à consciência de cada um. Mas as instituições políticas exigem a *justiça*, que é uma concepção delgada, fina, de bem, uma

⁸¹ Idem, *ibidem*.

concepção que permite apenas organizar a vida em comum. Ela pressupõe um bem – a vida em comum – mas desse bem comum e universal para qualquer e todos os cidadãos não deriva um bem comum na esfera individual; ela não postula, portanto, um fim, uma moral individual, uma cultura homogênea, uma crença religiosa, um privilégio de igreja. A justiça é, sim, um bem, mas um bem menos espesso, que tem leveza suficiente para deixar que outros bens se realizem na vida de cada um.⁸²

Certamente, num país que tem como fundamento o Estado Democrático de Direito, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e que sua Constituição proíbe qualquer tipo de discriminação, talvez seja inadmissível qualquer interpretação discriminatória, que acabe se tornando uma barreira para aqueles que querem e esperam o reconhecimento do Estado quanto às suas relações interpessoais, quando a própria Constituição garante a livre formação da família em suas mais variadas estruturas.

Ademais, a família formada dentro dos princípios de afetividade, estabilidade e publicidade deve ser respeitada, siga ela o padrão convencional admitido por uma parte da população, ou formada dentro de qualquer estrutura, que permita ao indivíduo sentir-se parte integrante da sociedade, a partir de uma relação familiar, garantido-se o exercício da livre escolha, bem como o direito fundamental de constituir família, ambos previstos pela Constituição Federal.

O engessamento que existia quanto às relações familiares, desdobrava-se no engessamento das relações afetivas. Apesar de a família representar o principal núcleo de formação dos indivíduos na sociedade, sua formação dependia do preenchimento de requisitos pré-estabelecidos e de formalidades a serem cumpridas. Não bastava querer formar uma família, era necessário fazê-la satisfazendo a vontade determinada pelo legislador.

Superada essa idéia de que a felicidade e a realização pessoal estavam subordinadas a um padrão convencional, e com o livre exercício das relações interpessoais, por parte dos indivíduos, os pares também começaram a se apresentar de outra forma. Parece automático relacionar o conceito de família à idéia de um casal formado por homem e mulher. No entanto, independente da formação (do sexo) dos pares, a proteção constitucional quanto à dignidade da pessoa humana é a mesma.

Vale lembrar que, da mesma forma que constituir família é um direito fundamental inerente a todo e qualquer ser humano, a crença religiosa também o é. A defesa pelos diversos discursos religiosos dá-se tal e qual na mesma via que orienta a defesa pela liberdade sexual, qual seja, os princípios e garantias constitucionais, sociedade pluralista. Assim, Estado e

⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Liberdade e direitos sexuais* – o problema a partir da moral moderna. IN: Rios, Op. cit, p.49

religião não podem ultrapassar um o limite do outro, como há muito tempo já foi estabelecido, não devendo o legislador permitir esta intromissão.

O tratamento discriminatório não é proibido, unicamente, pelo ordenamento brasileiro. Os diversos tratados e convenções internacionais são editados sempre em consonância com os interesses mundiais na luta pela efetivação dos direitos humanos, em seus diversos estágios. Orienta a Organização das Nações Unidas - ONU, inclusive, seja considerada ilegítima interferência na vida íntima dos homossexuais.⁸³

2.3 Percebendo a homossexualidade

A saída dos homossexuais de um *submundo* que lhes foi imposto, e sua entrada no plano da visibilidade está diretamente ligada à reunião dos sujeitos em grupos politicamente organizados. O final dos anos 60 e o início da década de 70 marcam a inclusão desses grupos no tomando parte da vida pública ativa. Os movimentos que reuniam gays e lésbicas, posteriormente ampliados para outras denominações ligados à sexualidade, começam a trabalhar na tentativa de desmistificar a imagem social construída em torno da minoria e em atribuir-lhes um caráter de dignidade igual a das outras parcelas da sociedade.

O trabalho incluiria o rompimento da idéia de crime ou doença ligados ao comportamento, bem como o afastamento do sujeito homossexual de outros padrões de conduta que lhes foram atrelados. Assim:

A despatologização e descriminalização se deram associados a um processo de politização da identidade, a qual passou a ser denominada predominantemente de *gay*. O termo *gay* (alegre) aludia à moral duvidosa que a sociedade atribuía a mulheres independentes, particularmente as viúvas. Assim, o movimento de autodenominava ressaltando o que residia por trás do estigma socialmente atribuído a seus membros: uma vida fora da ordem sexual vigente.⁸⁴

O trabalho de desvincular o *diferente* da imagem de *transgressor e ruim*, e retirar de sua identidade a culpa por todas as situações indesejadas socialmente, exigia a ampliação do debate para um plano político. Gradativamente, os grupos *gays* vão ocupando seu espaço dentre as minorias sociais e reclamando uma reorganização social e pluralista. Nesse

⁸³ DIAS, Maria Berenice. *Família Homoafetiva*. Direito Civil: Direito de Família. 7v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.176.

⁸⁴ MISKOLCI, Op. cit, p.107.

caminho, vão criando políticas afirmativas e requerendo um tratamento igualitário, das diversas instituições.

Não demorou para esse pleito chegar a esfera jurídica, uma vez que o Direito trata exatamente das relações sociais. A luta dos grupos organizados necessita da participação do Direito, já que as normas são diretamente responsáveis pelos comportamentos tolerados socialmente. Dessa forma, o plano jurídico começa a questionar a possibilidade de reorganização das relações sociais, renegociando padrões, e admitindo expressões diversificadas.

No cenário brasileiro, o exercício da sexualidade passa a ser rediscutido como condição do ser humano e conseqüentemente detentor de certa proteção. Paulatinamente, cresce o debate acerca da homossexualidade, até o momento em que se reconhece como uma variante do exercício sexual. Ao romper com a imagem de *ameaça a ordem estabelecida*, as relações homossexuais tendem a serem vistas como mais uma possibilidade de arranjo social.

O direcionamento é na mira de uma ordem democrática que respeite as individualidades, e superando os padrões engessados. Na construção de Rios⁸⁵, é necessário um direito democrático sexual, que proteja o sujeito individualmente e nas suas relações interpessoais. Nesse caminho segue a discussão no direito de família. O reconhecimento das uniões homossexuais como relações de família só foi possível com o rompimento da imagem de sujeito desvirtuado e anormal, quanto ao homossexual. A partir de então, percebeu-se que relação afetivo-sexual não é exclusividade do par homem/mulher, admitindo variantes.

Como exemplo, podemos citar a decisão do Juiz da 2ª Vara de Órfãos do Rio de Janeiro, em outubro de 2002, que concedeu a tutela definitiva do filho biológico da cantora falecida Cássia Eller, a sua companheira Eugênia, que disputava juridicamente com o avô materno da criança, “demonstrando a tendência do direito de considerar e respeitar novas formas de organização familiar”.⁸⁶

Para aqueles que não relegam as uniões homoafetivas à invisibilidade, dá-se, ainda, uma nova discussão quanto a sua natureza jurídica. Alguns entendem tratar-se de uma entidade familiar a ser disciplinada pelas regras da união estável; outros defendem que seriam entidades familiares específicas, protegidas constitucionalmente da forma que se apresentam, admitindo-se a aplicação das regras da união estável, tão somente, pela analogia, na falta de regulamentação própria.

⁸⁵ RIOS, Op. cit.

⁸⁶ MELLO, Op. cit, p.206.

Independente da natureza que se atribua a esta forma de família, seja união estável ou entidade familiar específica, sabe-se que as normas previstas no art. 226, da Constituição Federal são auto-aplicáveis e não necessitam de regulamentação. Assim, não seria argumento plausível, para a negação dessas relações, a necessidade de norma específica que reconheça a existência desses casais.

Sob o argumento de que a diversidade de sexo é requisito exigido pela legislação, alguns posicionamentos incorrem na não receptividade das uniões homossexuais no âmbito de família, como entidade familiar. No entanto, parece-nos descabido tal argumento, tendo em vista que o próprio legislador prevê como entidade aquele núcleo formado apenas por um dos pais e sua prole.

Tampouco a capacidade de procriar parece-nos fundamento suficiente para promover a exclusão, uma vez que não pressupõe o objetivo da formação familiar a constituição de uma prole. Assim, ao enquadra-se as relações homoafetivas como entidades familiares, estariam, os aplicadores, empregando mobilidade à norma jurídica, durante sua interpretação, adequando-se a tutela correspondente ao fato que se apresenta socialmente. Dessa forma, promove-se não apenas a tutela estatal preterida, como efetivação de todos os princípios basilares da sociedade democrática de direito.

Como já mencionado, as modificações ocorridas na estrutura familiar exigem do Direito o cumprimento de seu papel. Nesse sentido, segue a doutrina:

As atuais evoluções no Direito de Família obedecem às mudanças sociais que podemos situar num passado recente, iniciadas pela revolução feminista, ocorrida na segunda metade do século passado. De forma genérica, as revoluções implicam na luta pelo reconhecimento e aceitação social de qualidades e formas de ser, e de se relacionar, mais específicas de determinado grupo, antes marginalizado, por parte do grupo que exerce formas de poder socialmente reconhecidas.⁸⁷

Garantir uma igualdade formal não basta numa sociedade democrática. Seja homem ou mulher, cada um deve ter reconhecido seu direito fundamental de realizar-se. Independente do sexo dos pretendentes, o princípio da igualdade aplica-se concretamente quando o Estado reconhece, a todos, o mesmo tratamento jurídico, não deixando se contaminar com vertentes preconceituosas, o que, por seu turno, talvez estivesse afrontando outros preceitos fundamentais. É nestes termos que *constitui objetivo fundamental da República Federativa*

⁸⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. *Generalidade do Direito de Família: evolução histórica da família e formas atuais de constituição*. Direito Civil: Direito de Família. 7v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.31.

do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceito de qualquer natureza, art. 3º da Constituição Federal.

Ainda sob o aspecto constitucional, trata a doutrina que “é nessa ótica que a valoração dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade, fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.”⁸⁸

Nesse sentido, as pessoas que vivem em relações homoafetivas têm a liberdade de escolherem se assim pretendem viver. Posto que, a idéia dos relacionamentos atuais estão se agregando aos conceitos de companheirismo, respeito, prazer que se sente com a pessoa ao lado. Repetimos, as novas famílias se constroem em parceria.

A expressão sexual, inerente a todo sujeito, tem força de delimitação nas relações dispostas pelo indivíduo. Dependendo de seu comportamento, observa-se que a dinâmica social determina planos, lugares e bens de serviço e consumo disposto a partir de uma organização baseada no comportamento do público que pretende captar.

Essa disposição das relações sociais cria o que se denomina de visibilidade e invisibilidade de determinada relação. As minorias sociais costumam ser renegadas em todos os planos do convívio. Suas pretensões não costumam ser percebidas ou identificadas, em benefício de uma massa – a maioria do grupo que possuem entre si padrões ou características que não esbarram na censura.

Assim, negros, pessoas portadoras de necessidades especiais, crianças e adolescentes na fila de adoção, mulheres vítimas de violência doméstica, bem como os homossexuais, além dos diversos setores que em minoria somam a maioria das diferenças de uma sociedade pluralista, são parte de discussões isoladas e não tem seus indivíduos parcela participativa na maior parte das atividades ou destino dos bens e serviços de modo geral.

Essas particularidades, que definem a identidade do grupo, passam a ser objeto de inserção na sociedade plural. A tentativa em retirar o grupo de um plano encoberto, para mostrar sua existência no meio em que seus cidadãos desenvolvem suas relações é o trabalho denominado de busca pela visibilidade.

Tornar visível é mostrar para todos. A visibilidade como instrumento de inserção social acontece nas mais diversas formas possíveis de expressão. Pela arte cinematográfica ou televisiva, pela música, pela identidade comportamental ou pelos movimentos sociais. Essa

⁸⁸ BARROSO, op. cit, p. 336.

expressão sem censura esbarra nos padrões determinados pela sociedade e nem sempre são bem recebidos.

Exercer a homossexualidade, em grande parte, diz respeito a assumi-la publicamente. Essa atitude vai de encontro com os interesses de uma maioria em manter encoberto aquilo que não é desejado. No entanto, como Estado Democrático, em uma sociedade pluralista, o direito de ser íntegro o direito de mostrar aquilo que verdadeiramente é. Tendo em vista que a orientação sexual faz parte da identidade da pessoa humana, violaria o plano da intimidade castrar uma expressão própria daquilo que não se pode deixar de ser.

Nesse sentido, criam-se comportamentos característicos, onde cada ator social é parte do todo e do especial ao mesmo tempo. A luta pelos direitos dos homossexuais esbarra, inicialmente, na difícil tarefa de ensinar à sociedade o que é ser homossexual. Em razão dos conceitos pré-estabelecidos, verifica-se pouca disposição em aceitar o que é novo ou diferente. Entretanto, os instrumentos jurídicos que garantem o exercício do direito são os veículos de promoção da visibilidade de uma minoria, daí a importância de que eles não sejam violados.

Na caminhada pela visibilidade homossexual, as lutas sociais são, em grande parte, os meios utilizados para exercer os direitos previstos constitucionalmente. Formadas, em sua maioria, por organizações não governamentais os grupos que se destinam a promoção da expressão da livre sexualidade procuram colocar em debate, constantemente, os direitos individuais e as diretrizes constitucionais para que lhes seja reconhecido o direito em ser homossexual.

Essa luta tem revelado o grande número de pessoas que são homossexuais e fazem parte da dinâmica diária – parte do todo e do especial, incomodando aqueles que não pretendem enfrentar essa realidade, especialmente a bancada religiosa. E não apenas isso. A constante chamada do movimento *gay* revela a mudança das relações interpessoais como uma constante nos fatos da vida. Vale lembrar que essa mesma luta social, enfrentada hoje pelos homossexuais, já foi instrumento das mulheres e dos negros, por exemplo, que igualmente eram remetidos a um segundo plano, inclusive pelos dogmas religiosos.

Tais fatos históricos nos comprovam, mais uma vez, que o movimento que direciona os fatos sociais não pertence a um plano dogmatizado. Os valores estão em constante transformação por que o homem também assim está.

As diversas formas de constituição de família, por exemplo, tem provado que as relações humanas evoluíram para interesses subjetivos, que na maioria das vezes não agrada

às instituições reguladoras do comportamento social. Há de se frisar que esse emaranhado de expressões individuais e coletivas compõem o mesmo quadro cultural, denominando-se sociedade. Dessa forma, não há o que se falar em comportamento aceitável ou correto, mas em comportamentos perceptíveis.

Juridicamente, tentou-se da mesma forma enquadrar os relacionamentos interpessoais. Em contrapartida, o Estado moderno e constitucionalizado preocupou-se em resguardar a dignidade de cada indivíduo. Sob a bandeira dos novos valores jurídicos, admitidos em gerações, a sociedade contemporânea passou a respeitar, ao menos formalmente, a pluralidade social.

Certos valores e princípios tornaram-se pressupostos universais. Uma das maiores preocupações, principalmente dos Estados modernos no pós-guerra, foi assegurar a integridade física e psíquica do ser humano, no reconhecimento de uma dignidade que necessitava ser tutelada. Mais uma vez, o contexto reconhece uma diversidade de comportamentos, protegendo cada ator social de qualquer manifestação que possa agredi-lo.

Verifica-se que em meio a esta pluralidade de idéias, interesses, religiões e culturas, também existem diferentes formas de expressão. As mais diversas *tribos* modernas demonstram como complexo é o ser humano e como são diferentes os interesses individuais, apesar de possuírem a mesma essência.

A aversão ao que é diferente da maioria é um comportamento registrado na história da humanidade. Aceitar aquilo que não se encaixa nos padrões, que geralmente são informações registrado na psique humana como verdades únicas, promove grande resistência de grande parte das pessoas. Aceitar não necessariamente é preciso, mas respeitar e aprender a conviver é indispensável.

As diferenças de raça, cor, religião e até cultura, foram causas de grandes atrocidades cometidas, historicamente, por aqueles que detinham o controle social, contra aqueles que foram discriminados. O terrível ápice da intolerância é quando algumas pessoas acham-se no direito de invadir a liberdade do outro e contra ela praticar atos ou condutas que venham a ferir a dignidade do ser humano.

2.4 Direito ou defeito?

A homossexualidade, nos dias atuais, representa o novo objeto de discriminação do mundo contemporâneo. Assim como, em algum momento outras minorias o foram, os

homossexuais tornaram-se vítimas de condutas que chegaram em seu ponto mais alto da intolerância social. Não bastasse a conduta egoísta de excluir o que é diferente, algumas pessoas sentem-se no direito, inclusive, de excluir essa *diferença* que não lhe agrada, chegando a praticar crimes contra a vida.

No Brasil, diversos são os casos de agressão contra homossexuais. Em todo território nacional, verifica-se a prática de crimes que vão desde a agressão física até o homicídio. Algumas vezes, esse comportamento é praticado por pessoas que compõe a própria administração pública.

Sete em cada 10 homossexuais, bissexuais e pessoas trans (travestis e transexuais) são vítimas de discriminação devido à orientação sexual. Pelo menos 59% já sofreram uma ou mais agressões. Esses são alguns dos resultados da pesquisa de opinião feita pela Associação da Parada do Orgulho GLBT de São Paulo (a sigla GLBT designa gays, lésbicas, bissexuais e transexuais). No ano passado, a parada gay reuniu mais de três milhões de pessoas nas ruas de São Paulo. O tema era “Homofobia é crime”. A pesquisa foi feita com 846 pessoas.⁸⁹

Não existe estatística oficial, no Brasil, quanto aos crimes cometidos contra homossexuais. No entanto, pesquisas demonstram que o Brasil é o país onde mais se comete crimes contra homossexuais⁹⁰. Estima-se que a população *gay* no Brasil seja em torno de 16 milhões de pessoas⁹¹.

A aversão ao comportamento sexual promove atitudes que ferem a dignidade da pessoa humana. “De acordo com as estatísticas do GGB, nos últimos 20 anos foram assassinados 1661 homossexuais, com uma média de 80 homossexuais por cada ano da década de 80, subindo essa estatística pra 120 por cada ano da década de 90”⁹².

Apesar da preocupação universal em tutelar a dignidade de todo e qualquer cidadão, texto contido a partir do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os homossexuais convivem drasticamente com a realidade dos crimes cometidos contra essa população. A violência não apenas invade locais públicos. Muitas vezes, os casos cometidos

⁸⁹ *Preconceito e agressão contra gays*. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/abril/preconceito-e-agressao-contra-gays/>. Acesso em 10 jan. 2009.

⁹⁰ Violência contra homossexuais no Brasil. Disponível em <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2006/06/356848.shtml>. Acesso em 10 jan. 2009.

⁹¹ ISTO É. *Luz rosa...no fim do túnel*. Disponível em <http://www.terra.com.br/istoe/1604/brasil/1604luzrosa.htm>. Acesso em 20 dez. 2008. Não existem dados oficiais do IBGE sobre o assunto, sendo as únicas fontes acessíveis as pesquisas realizadas pelas revistas de opinião.

⁹² DROPA, Romualdo Flávio. *Direitos Humanos no Brasil: exclusão dos homossexuais*. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdo/flaciodropa/direitoshumanoshomo.htm>. Acesso em 12 jan. 2009.

registram que agressões contra homossexuais ocorrem dentro dos domicílios e o maior número de vítimas homossexuais são os travestis⁹³.

O comportamento discriminatório e agressivo também não é representado apenas por atos de violência física. Excluir alguém, humilhando e ridicularizando, por questão de preconceito, é também um tipo de violência - psicológica. As agressões nessa modalidade podem provocar ainda mais danos sociais do que as agressões físicas. Não raramente casos de depressão e distúrbios psicológicos crescem entre pessoas que foram marginalizadas em razão do preconceito.

Essa violência silenciosa não causa aparentes arranhões ou danos materiais, mas ainda assim podem acabar com a vida de alguém. Muitas vezes, as próprias instituições reguladoras e com poder de polícia promovem esse tipo de comportamento preconceituoso. Apesar da sociedade encontra-se mais disposta e aberta ao debate, é possível identificar casos de preconceito e discriminação nos quadros daqueles que deveriam promover valores sociais da mais alta nobreza. A exemplo disso temos o caso de duas meninas da USP que, em 2005, foram abordadas por uma policial militar que dizia estarem elas afrontando *os bons princípios*, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro nada regulamentava sobre aquele comportamento. Chegaram a ser levadas até a delegacia e supostamente enquadradas na tipificação de atentado violento ao pudor, claro que de forma equivocada. O fato foi noticiado nacional e demonstra o nível de preconceito e falta de informação das pessoas que trabalham especialmente nos órgãos públicos.

Ações de políticas públicas de promoção para inclusão social de gays, lésbicas e transexuais, principalmente da classe de baixa renda, ainda são escassos na sociedade brasileira. Os programas governamentais que orientam sobre saúde, educação, e inclusão no mercado de trabalho, voltados para os grupos *gays* não satisfazem como deveriam.

A iniciativa privada, as ONGs, e instituições sociais ainda carregam o maior número de programas e projetos que visam auxiliar na orientação dos homossexuais, oferecendo desde informações e assistência médica, até auxílio jurídico. Esse panorama demonstra a omissão estatal perante uma realidade crescente, formada por sujeitos detentores dos mesmos direitos que os demais grupos sociais. A Ordem dos Advogados do Brasil, em suas diversas seccionais, é um bom exemplo disso. Por iniciativa de grupos de advogados de cada Estado, vem sendo criadas as comissões em defesa da diversidade sexual, junta às OABs, com o

⁹³ DROPA, op. cit.

intuito de orientar os mais diversos profissionais, bem como a sociedade em geral, sobre as questões referentes ao exercício da sexualidade.

Os fundamentos e objetivos fundamentais a que se destina o Estado Democrático de Direito, não cumpre materialmente suas previsões formais. Para se alcançar uma sociedade livre de qualquer comportamento discriminatório, como preceitua a Constituição Federal Brasileira, em seus artigos 1º e 3º, faz-se necessária a participação incisiva da figura do Estado no desenvolvimento de uma política de inclusão social e de erradicação dessas mazelas culturais.

O texto Constitucional Brasileiro, promulgado em 1988, inaugurou um dos momentos de maiores avanços sociais na história do país. Saído de um momento historicamente cruel, a sociedade sacramentou juridicamente valores que até então eram meras diretrizes éticas e morais, como o princípio da solidariedade, por exemplo.

A promoção da igualdade, principalmente entre os gêneros, promoveu, ao menos formalmente, o rompimento de um modelo aristocrático, patriarcal e cristão, onde a mulher encontrava-se em segundo plano e ao homem era dado todo poder e força para comandar, principalmente na instituição familiar.

A institucionalização da liberdade, como princípio constitucional, garantiu a qualquer cidadão o direito de expressar abertamente suas preferências e condições, sejam elas religiosas, culturais ou sexuais. Esses avanços representam o interesse de construção social com base em valores universalmente reconhecidos. Respeitando, o Estado, os limites na intervenção das relações privadas e, a sociedade, as fronteiras que devem ser respeitadas para que se alcance um equilíbrio social saudável.

Entretanto, quando se fala em crimes contra homossexuais, todo esse rol de preceitos e fundamentos parecem não existir. Os casos de violência e discriminação rasgam não só os Princípios Constitucionais, como as regras jurídicas, e a tutela jurisdicional contempla esse comportamento quando omite-se na apuração e classificação desses crimes.

Homofobia não é uma figura típica no ordenamento brasileiro. O termo se refere ao comportamento daquelas pessoas que de forma intolerante não aceitam o homossexual e se portam de forma violenta contra ele – seja pelo comportamento preconceituoso até a violência física. Muitas são as tentativas de grupos e ONGs para que seja aprovada uma norma que venha punir diretamente esse comportamento. “Em três Estados (Mato Grosso, Sergipe e Rio

de Janeiro), no Distrito Federal e em 76 municípios, é crime discriminar gays e lésbicas”⁹⁴. São situações isoladas que beneficiam apenas parte da população.

Em face à omissão legislativa, o judiciário tem se tornado o mastro de salvação no socorro dos homossexuais para garantir direitos e inibir ações que venham ferir a integridade física ou moral. O exercício da sexualidade é direito assegurado constitucional, a partir dos princípios que regem o ordenamento jurídico.

Crimes contra o exercício desse direito devem ser punidos como agressão aos direitos humanos. Sejam atos cometidos contra a integridade física ou psíquica, o ordenamento jurídico precisa reconhecer que existe uma violência social sendo praticada, e não pode o Estado e o Poder Legislativo se omitirem diante desse comportamento criminoso.

Para se alcançar uma sociedade equilibrada e promover o respeito e a isonomia, instrumentos jurídicos são indispensáveis, seja na prevenção ou na repressão de condutas discriminatórias e criminosas. Assim, o ordenamento deve fazer cumprir os pressupostos constitucionalmente já existentes, afim de promover um verdadeiro estado Democrático de Direito.

Não obstante, o desrespeito aos direitos dos homossexuais são praticados em todos os meios e áreas. Sejam de natureza patrimonial, familiar ou sucessória, as agressões acontecem inicialmente com a falta de tutela da jurídica dessa parcela da sociedade.

No entanto, ainda mais gritante é a agressão contra a própria natureza humana, que ocorre diretamente contra a dignidade do ser humano. Não bastasse não aceitar, a sociedade condena, reprovava e discrimina aquilo que não se encaixa nos padrões adotados como “corretos”.

A preocupação universal em respeitar o ser humano, em sua dignidade, é consequência das diversas atrocidades que já foram cometidas em razão de comportamentos preconceituosos. Parece não mais se admitir no atual século a tolerância de comportamentos primitivos dessa natureza. É obrigação do Estado e compromisso da máquina judiciária atentar para as novas realidades sociais, para as necessidades sociais e para a complexidade das relações humanas. Em um mundo plural, o respeito às diferenças é o novo instrumento de construção da verdadeira democracia, que só consegue concretizar-se, principalmente, a partir da efetivação de instrumentos e elementos jurídicos.

Assim, a homossexualidade constitui parte integrante da individualidade do sujeito. A idéia de indivíduo inferior ou marginalizado, criada pela ordem mantenedora das convenções

⁹⁴ ISTO É, op. cit. Não existe um repositório oficial. A única fonte para colher essas informações são as revistas de opinião.

sociais já foram superadas, não se admitindo nos dias atuais condutas preconceituosas que venham a segregar o sujeito homossexual ou sua relação afetiva. A ordem jurídica democrática protetora da dignidade da pessoa humana inclui o exercício responsável da sexualidade em suas possíveis expressões.

Somando-se à proteção da liberdade individual, seguimos o estudo no plano da união desses indivíduos, para verificar a proteção constitucional atribuída à relação afetiva. Vejamos o tratamento da ordem vigente na proteção dos direitos das relações homossexuais.

3 UNIÕES HOMOAFETIVAS – A MATERIALIZAÇÃO DE UM DIREITO

O livro constitucional brasileiro estruturou-se com base em regras e princípios promotores de inclusão e pluralidade social. De certo, as relações homoafetivas encontram espaço na disciplina estabelecida de uma sociedade justa, fraterna, igualitária e sem discriminação. Vejamos os preceitos constitucionais e o enquadramento das uniões

homoafetivas como entidades familiares, bem como a proteção dos direitos dos cidadãos que formam a relação homossexual.

Uma das características da Constituição Federal de 1988 foi a busca pela concretização de certos direitos que até aquele momento o Brasil ainda não possuía em seu ordenamento. Nessa ordem, deu-se de forma veemente a introdução de valores, princípios e direitos fundamentais que passaram a compor a estrutura jurídica das relações sociais. A orientação deveria seguir “valores supremos” da Constituição, todas as vezes que o texto da Carta Magna reproduz direitos consagrados muito antes de 1988, por outras Constituições que já demonstravam a preocupação com os direitos sociais. E não apenas isso. Os valores e princípios ali sedimentados nos remetem a textos históricos e divisores de águas, quando se fala em sociedade organizada.

Considerada a primeira declaração de direitos humanos dos tempos modernos, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, apresenta sua preocupação com a defesa de certos direitos que passam a ser considerados naturais do ser humano. Direitos esses que não podem ser afastados da condição do homem, mas pertencem a ele em sua essência. Assim, o parágrafo primeiro do histórico documento, já no século XVIII, previa que:

Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: **tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.** (grifo nosso).⁹⁵

De tal modo, a sociedade tem contato com o primeiro texto que se preocupa em assegurar direitos individuais e reconhece as necessidades do ser humano em um plano tal, que não basta assegurar-lhe a vida e a liberdade, **mas inclusive a busca por sua felicidade.** A obtenção da felicidade de cada indivíduo encontra-se no plano das realizações pessoais. Normas jurídicas não são fórmulas de realização do homem, mas no plano dos direitos humanos e das liberdades individuais, são instrumentos capazes de assegurar tal diretriz.

Assim, a partir do momento em que o Estado reconhece a indispensável necessidade de garantir a plena realização individual dos membros de sua sociedade, coloca o homem acima das normas. Verifica-se, dessa forma, um plano superior ao ordenamento, qual seja o fundamento e a finalidade de qualquer norma jurídica, que deve respeitar valores maiores,

⁹⁵ Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776.

conteúdo da essência natural do homem: a vida, a liberdade e a busca por sua felicidade. O conjunto desses direitos primários leva a caracterização da dignidade do ser humano.

Uma vez estabelecidos limites para a atuação do próprio organismo estatal, os cidadãos naturalmente passam a exigir novas posturas jurídicas dos ordenamentos, bem como desenham novos comportamentos para as relações interpessoais. Seguindo as diretrizes do texto americano de 1776, a França revolucionária proclama sua Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Naquele documento, sob a influência de Rosseau, Locke, Montesquieu, entre outros pensadores iluministas, com a bandeira que pregava a igualdade, liberdade e fraternidade, proclamou em 1789 a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, em um momento histórico de relevantes desigualdades sociais.

Ratificando o texto da revolução americana, a declaração francesa reescreve os direitos naturais do homem dizendo:

Art.1.º **Os homens nascem e são livres e iguais em direitos.** As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2.º [...]

Art. 3.º [...]

Art. 4.º **A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.** Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. **(grifo nosso).**

Nessa perspectiva, a sociedade moderna demonstra-se preocupada com o rompimento de ideais que massificaram a condição humana a normas pré-estabelecidas e de controle concentrado nas mãos de uma minoria política. Reconhecer o homem como sujeito livre desde o seu nascimento é atribuir a ele mesmo a condução de sua própria vida, o que inclui o exercício de seus direitos em todos os planos. Limitando-o apenas para assegurar, similarmente, o exercício da liberdade de outro cidadão.

Este contrato social não retira do homem suas qualidades e necessidades naturais, mas viabiliza a efetivação delas. Consideram-se esses os direitos fundamentais de primeira geração, aos quais entendemos pertencer o exercício da sexualidade como uma das expressões da liberdade.

Nessa diretriz seguiram as sociedades constitucionalizadas do mundo moderno. Porquanto a família e o exercício da sexualidade fazem parte da essência humana na busca da felicidade. Constituem direitos naturais e fundamentais do homem, sob a perspectiva de que todo ser humano naturalmente exerce uma sexualidade e pertence a uma família, e de que o

Estado preocupou-se em positivá-los num texto constitucional. A partir do momento em que a Constituição assegura a liberdade, a dignidade, a igualdade, como direitos fundamentais e invioláveis de todo cidadão, qualquer ameaça a sua condição sexual ou a sua realização individual fere valores supremos, consagrados não apenas pela ordem Constitucional, mas pelos fundamentos que a constituíram.

É nessa linha que o texto da Carta Magna brasileira de 1988 consagra os direitos fundamentais e as liberdades individuais. Desde os primeiros artigos encontramos a consagração de tais valores. Valores que têm sua razão e historicidade de pertencerem ao plano constitucional, qual seja a proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, não se pode esquecer a carga axiológica do texto constitucional, que se soma a princípios estruturais e organizacionais para apresentarem vinculações materiais na execução de um Estado Democrático de Direito⁹⁶.

Necessários esses limites para que a democracia possa ser estabelecida, uma vez que a Constituição significa limitação do poder perante regimes totalitários e ditatoriais. De tal forma, as normas constitucionais representam a segurança de que o cidadão não terá invadido um espaço que lhe é próprio e só a ele pertence. A exemplo da privacidade e da intimidade. A sexualidade é extensão do exercício da liberdade de qualquer cidadão. Exercê-la de forma responsável e de acordo com a orientação que possui cada um é direito do cidadão.

Este direito pode ser identificado nos primeiros artigos do texto Constitucional Brasileiro de 1988. Inicialmente, ao proclamar como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, o poder Constituinte reconhece no ser humano um conjunto de direitos e necessidades que devem ser respeitados para a formação de uma sociedade saudável. Ratifica essa preocupação quando elenca como um dos objetivos fundamentais a promoção de todos, sem preconceitos de quaisquer espécie ou qualquer forma de discriminação⁹⁷.

Se expressamente o legislador objetivou a promoção do bem estar social nestes termos, fica proibido todo comportamento discriminatório ou preconceituoso, seja por atos ou omissões, seja jurídica ou socialmente. Nesse plano insere-se o direito pela liberdade sexual, o direito de ser homossexual. Não apenas como um direito de ser, mas de não sofrer qualquer segregação por assim perceber-se. Aquele que se descobre homossexual, e aqui não nos interessa discutir a origem do comportamento, uma vez que entendemos, seja qual for sua

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁹⁷ Art. 3º, IV, da Constituição Federal do Brasil, de 1988.

origem, como expressão da liberdade individual, tem o direito de ser reconhecido e respeitado como tal.

Ressalta-se, ainda, que não existe qualquer proibição expressa ao comportamento homossexual, razão também pela qual não se admite qualquer expressão proibitiva nesse sentido. O ordenamento jurídico brasileiro só contempla restrição de direito prevista de forma expressa. Vislumbra-se a orientação⁹⁸ sexual de qualquer indivíduo como elemento essencial de sua própria existência, não podendo, nos termos da Constituição Federal de 1988, haver limitação ou restrição ao exercício deste direito que pertence ao plano das liberdades individuais.

3.1 As Relações Homoafetivas como Entidades Familiares

Em nada se diferenciam as relações homossexuais das relações heterossexuais, a não ser pelo sexo dos companheiros. A convivência em comunhão de vidas independe do sexo dos participantes, mas implica em um elemento subjetivo, reconhecido pela doutrina moderna como princípio constitucional, que contempla a vontade e o afeto entre as partes envolvidas. Nesse aspecto, as famílias já derrubaram a idéia de fórmulas pré-estabelecidas há muito tempo, contemplando bem antes de 1988 a percepção de uma sociedade plural ou estruturas familiares das mais diversificadas formas.

A estigmatização de estereótipos sociais vincularam, durante muito tempo, a idéia da família a uma unidade heterossexual, matrimonial, cristã e com prole. Qualquer outra formação que não seguisse o padrão determinado era mal vista socialmente e deixada à margem do direito. Tal fato tinha tamanha força na psique social que se traduz para o ordenamento, como já foi referido, onde até a Constituição de 1988, somente a família matrimonializada era juridicamente reconhecida como família. Por consequência, resultou um rol de situações discriminatórias e de promoção de injustiças sociais, como os filhos ditos ilegítimos, a situação dos casais livres, e a marca do preconceito das chamadas mães solteiras.

A Constituição Federal contempla a família em seu art. 226. E referida previsão não delimita um conceito do que é família. Dessa forma, temos apenas que “A família, base da sociedade, tem proteção especial do Estado. Como já salientamos, em momento algum foi dito que família era essa, ou que formação social receberia essa proteção especial. Pela

⁹⁸ Por orientação entenda-se a expressão da sexualidade, não faremos aqui qualquer limitação ou discussão terminológica, por entender que tanto a heterossexualidade, como a homossexualidade são dois lados de um mesmo conceito – exercício da sexualidade.

proteção dos valores maiores da Constituição, dos Princípios que a cercam e dos direitos fundamentais positivados, somando-se ainda com a proteção internacional pelos direitos humanos, da qual o Estado Brasileiro é signatário, entende-se família como toda unidade baseada na afetividade, na ostensibilidade e na comunhão de vidas.

O Direito de Família é o ramo do direito privado que exige tratamento especial para as pessoas envolvidas⁹⁹. Dessa forma, o ordenamento tem que estar pronto para atender às particularidades sociais, acompanhando as diversas relações interpessoais, em cada momento histórico, diante de cada grupo. Portanto, a ciência moderna em Direito de Família caminha para responder a essa necessidade do ser humano: a de formar uma família. Recepcionando constitucionalmente os diversos grupos que se apresentam na sociedade.

Apesar do art. 226, da Constituição Federal, seguir em seus parágrafos caracterizando algumas entidades familiares, não significa que apenas aquelas são titulares da proteção especial do Estado. Senão vejamos: uma vez que um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal é a promoção de todos, sem preconceitos de quaisquer natureza, e considerando a família como base da sociedade, percebe-se que o homem/mulher estão vinculados à idéia de ter uma família de forma indispensável. Posto que todo ser humano nasce de um outro, e nessa menor unidade já existe um vínculo de familiar, qual seja a monoparental.

Socialmente, não há como desvincular a idéia de família do ser humano, sendo, portanto, parte da sua dignidade o respeito e a proteção jurídica à unidade familiar. Em respeito a esse valor maior da constituição, a família não pode ser vista de forma limitada. A pluralidade, característica que marca a sociedade moderna, desde o rompimento com os conceitos sociais pré-estabelecidos, é uma qualidade da sociedade contemporânea. Vencidos foram, e estão sendo, alguns preconceitos que marcaram fortemente a história mundial, especialmente no século XX do pós-guerra.

Ao romper com essa idéia de segregação, que serviu unicamente para massificar e escravizar parcelas da sociedade por grupos considerados de elite, deu-se um movimento de maior respeito do indivíduo com suas peculiaridades, próprias de cada raça, origem, religião ou formação social. Assim, também as relações pessoais privadas merecem o mesmo respaldo, nos termos da Constituição Federal. Dessa forma, não existe qualquer impedimento para a existência das relações homossexuais, tampouco para sua caracterização como entidade familiar.

⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*: guarda compartilhada a luz da lei nº 11.698/08. São Paulo: atlas, 2008.

Uma vez que o texto constitucional não delimita a forma de família, não é adequado que se faça por meio de interpretação restritiva, mecanismo que não é permitido pela o ordenamento jurídico brasileiro. Para existir uma restrição de direito dessa natureza necessário seria a previsão expressa na ordem constitucional, o que ainda assim entendemos que afrontaria os valores maiores preceituados como fundamentos e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Em consonância com esse entendimento, a relação entre dois homens ou duas mulheres que mantém relacionamento estável, com base na ostensibilidade, na afetividade e na responsabilidade social de desenvolvimento dos entes que a constituem, deve ser vista e recepcionada como unidade familiar, titular da proteção especial que preconiza do art. 226, da Constituição Federal.

Vale ressaltar a significativa discussão acerca da tipificação do reconhecimento das relações homossexuais como entidades familiares. Em torno daqueles que comungam da idéia de que essas uniões constituem famílias, existe a divergência sobre o tipo de família que elas integram. Para parte da doutrina, as famílias formadas pelas uniões homossexuais constituem tipo próprio, diferente do casamento e da união estável, merecendo uma regulamentação específica quanto à disciplina, oficialização da união e demais considerações no que diz respeito ao Direito de Família. Para uma segunda corrente, as uniões homossexuais poderiam ser constituídas pelas formas próprias já previstas constitucionalmente, casamento ou união estável.¹⁰⁰

Uma vez que o art. 5º, da Constituição Federal prevê que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição*, é perfeitamente possível o alcance das entidades familiares homossexuais nos dois tipos previstos, tanto em forma de união estável, quanto em forma de casamento. Não havendo necessidade de uma norma infraconstitucional para regulamentar aquilo que a Constituição já assegura, sendo necessário apenas um exercício da hermenêutica para compatibilizar a previsão formal, com o direito material.

Merece lembrar, ainda, que dentre os impedimentos e as causas suspensivas do casamento, não há a proibição do par igual. Tal requisito é interpretado muito mais pela memória social da união heterossexual, do que pela exigência normativa, mas esse é assunto para um debate específico. Não iremos nos estender na discussão quanto à tipificação das relações homossexuais, visto que não é o objetivo dessa pesquisa, mas consequência posterior

¹⁰⁰ Como representantes mais importantes dos dois posicionamentos, na doutrina brasileira, temos Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias, respectivamente sobre a primeira e a segunda corrente doutrinária.

a necessidade primária de reconhecê-las como *Família*. A falta de alguma regulamentação, no entanto, é adubo para a prática de injustiças sociais. Uma vez que não estão contempladas expressamente pelo ordenamento jurídico, essas uniões acabam por não receberem o tratamento que mereciam, o que desemboca num rol de direitos não contemplados. Por exemplo, tais como¹⁰¹:

1. Casar;
2. disciplinar um regime de bens;
3. não têm direitos sucessórios;
4. são impedidos de somar renda para aprovar financiamento, ou para alugar um imóvel;
5. não participam de programas vinculados à família;
6. não podem acompanhar o parceiro servidor público transferido;
7. não têm a impenhorabilidade do imóvel residencial;
8. não têm garantida a pensão alimentícia em caso de separação;
9. não podem assumir a guarda do filho do cônjuge;
10. não podem adotar filhos juntos ou adotar o filho do parceiro;
11. não têm licença maternidade para o nascimento do filho da companheira;
12. não têm licença maternidade ou paternidade se o companheiro ou companheira adota um filho;
13. não recebem abono-família;
14. não têm licença luto quando o companheiro ou companheira morre;
15. não recebem auxílio funeral;
16. não podem autorizar cirurgia de risco;
17. não podem ser declarados curadores do parceiro declarado incapaz;
18. não têm o usufruto dos bens do parceiro;
19. não podem abater do imposto de renda gastos médicos e educacionais do companheiro;

¹⁰¹ Pesquisa realizada pela revista *Super Interessante*, ano 2004, edição nº 202.

20. e não dividem, no imposto de renda, os rendimentos recebidos em comum.

Processualmente, o impasse reside no recebimento das lides que envolvem relacionamentos homoafetivos nas varas de família. Uma vez reconhecidas como entidades familiares, fazem jus ao tratamento dentro do Direito de Família, com todos os reflexos jurídicos decorrentes das relações familiares e de parentesco. No entanto, com base em uma moralidade, ainda existem decisões pelo país que recepcionam essas lides de Direito de Família contemporâneo como simples sociedades de fato. E, por via de consequência, o litígio deságua numa vara cível comum.

A consequência dessa jurisprudência é o tratamento de uma união afetiva como sociedade civil, onde o máximo que se consegue é uma possível partilha do patrimônio em comum, com base na vedação do enriquecimento sem causa, mas desconsiderando diversos outros comportamentos próprios da convivência familiar, como a dedicação às atividades domésticas por uma das partes, ou a ajuda na aquisição do patrimônio, no nome do outro, através da economia doméstica. E então, o lado menos favorecido financeiramente, mas que dedicou-se a uma convivência comum de cuidados, afeto e parceria, acaba sendo desprestigiado, para não dizer injustiçado.

Porquanto, as relações homossexuais merecem ocupar o lugar que lhes cabe no ordenamento jurídico brasileiro, o de entidades familiares titulares da proteção especial do Estado Democrático de Direito, consagrada na Constituição Federal em seu art. 226. Parece-nos inconstitucional e juridicamente incorreto não contemplá-los com o *status* de entidades familiares, diante da nova perspectiva contemporânea de direito de família, na atual sociedade pluralista.

3.2 Princípios norteadores das relações homossexuais

O nascimento da Constituição Federal Brasileira deu-se num cenário de transformação política e ideológica. O país saía de um processo tirano e militar, estigmatizado pelo catolicismo da América, onde reinava o poder dos mais fortes. Foi em meio a um clima de limitações, não existindo qualquer democracia ou liberdade, que foi promulgada a Constituição de 1988. Exatamente por haver sido palco de um processo político de imposição,

em que o cidadão não tinha garantido qualquer direito como ser humano, e visando à liberdade que tanto sonhavam os brasileiros, a Carta Magna trouxe em seu corpo um delineamento de direitos e garantias fundamentais, já declarados nas constituições de direitos pioneiras. Por isso, é considerada uma Constituição cidadã.

O texto constitucional que inaugura a nova ordem democrática, no final dos anos oitenta, surpreende por sua carga normativa. Além das regras constitucionais, introduz no ordenamento brasileiro uma carga de princípios. Os princípios podem ser considerados como “normas generalíssimas do sistema e contêm o espírito que paira sobre todas as leis”¹⁰². Os princípios podem, ainda, ser expressos ou não expressos. Aqueles não-expressos, segundo Rodrigo da Cunha¹⁰³, fazem parte do espírito ético do ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais estiverem um pouco adormecidos no século XX, mas com o movimento de constitucionalização do Direito Civil, os princípios ganharam grande participação no processo de interpretação das normas constitucionais, com significante força normativa. Essa força principiológica vai transformar o cenário jurídico. Para Rodrigo da Cunha, só a psicanálise consegue responder a essa mudança na aplicação da norma e nova interpretação das relações sociais.

O discurso psicanalítico não apenas influencia o Direito, mas, principalmente, provoca uma desconstrução do velho discurso jurídico [...]. A partir da introdução do discurso psicanalítico, passa-se a compreender e a considerar que o sujeito de direito é também um sujeito de desejo. Isto muda tudo. As mulheres se vêem, então, como sujeitos na relação conjugal e parental e não mais como assujeitadas ao pai ou ao marido. Quebra-se, assim, uma resignação histórica das mulheres que sustentavam os casamentos. A partir daí, passa-se a compreender que o verdadeiro sustento do laço conjugal não é o vínculo jurídico, mas o desejo e o afeto. Apesar das forças religiosas em contrário, em 1977 é aprovada a lei do divórcio – vitória do princípio da liberdade sobre o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial.¹⁰⁴

A partir do momento em que o sujeito assume o destaque no cenário jurídico, o ordenamento passa a contemplá-lo em toda sua magnitude, reconhecendo-o como ser complexo, portador de elementos subjetivos que influenciam nas relações sociais públicas e privadas. É com esta consciência que se chega à idéia de dignidade da pessoa humana, não

¹⁰² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Uma principiologia para o direito de família*. IN: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt (ORG). *Leituras complementares de direito civil: direito de família*. Salvador: Editora Jus Podium, 2010, p. 44.

¹⁰³ PEREIRA, op. cit.

¹⁰⁴ PEREIRA, op. cit, p.45

havendo mais como dissociar um sistema democrático de direito da proteção pela dignidade de seus cidadãos.

Especialmente no direito de família, a força normativa principiológica socorre na solução dos litígios. Uma vez superados os conceitos que reinaram durante anos nas relações de família, de relações heterossexuais, matrimoniais, com prole e de cunho patrimonial, tem-se uma equiparação dos sujeitos, com igualdade de direitos e obrigações. A partir de então, homens e mulheres passam a ocupar o mesmo patamar na relação, os filhos não importam mais sua origem, mas sua qualidade de serem tais, e o objeto jurídico não é mais importante do que os sujeitos envolvidos. Assim, as diversas relações familiares passam a receber a devida tutela jurídica de família, a partir do que não cabe mais em Direito de Família, mas em Direito das Famílias. Dessa forma, é com a ajuda da carga axiológica dos princípios que o sistema jurídico consegue responder quando não existe uma regra específica para tanto.

Os textos legislativos (regras) não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família. Nem mesmo o Código Civil, em vigor a partir de janeiro de 2003, contempla todas as indagações e inquietações do Direito de Família contemporâneo. A vida e as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. Os costumes, como uma importante fonte do Direito, vão impulsionando os operadores do Direito para uma constante reorganização do Direito de Família, obrigando-os a buscar em outras fontes do Direito os elementos necessários àquilo que mais se aproxima do justo. Entre todas as fontes do Direito, nos “princípios gerais” é onde se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça no particular e especial campo do Direito de Família. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes.¹⁰⁵

As famílias revestem-se desses princípios para assegurarem o saudável desenvolvimento de seus entes em seu meio social. Igualmente, os sujeitos das relações homossexuais, como sujeitos de direitos que o são, envolvidos em unidades características de famílias, também estão auxiliados pelos princípios constitucionais para salvaguardarem seu direito e liberdade individuais ao exercício da sexualidade, da afetividade e do enlace da comunhão de vidas. Muitos são os princípios constitucionais em Direito das Famílias, entre expressos e implícitos. A doutrina contemporânea não é unânime quanto ao número de princípios existentes nesse ramo do direito privado. Interessa aqui tratar dos princípios de maior carga normativa nas relações privadas de direito das famílias.

¹⁰⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Liberdade, Princípio da Igualdade, Princípio da Afetividade, além dos objetivos fundamentais constituídos na democracia, reconhecendo o respeito à dignidade de cada ser humano, formam o pilar da Carta Magna na construção de uma sociedade democrática. Reconhecer ao cidadão o direito à liberdade, bem assim assegurar um tratamento igualitário, é garantir que todos sejam preservados e possam se desenvolver de forma responsável e saudável, com base em um desenvolvimento social focado na aplicação justa do direito vigente.

A norma nunca é aplicada de forma aleatória, ou para simples satisfação do Poder Judiciário. Ela visa a um interesse, seja particular ou público, que por sua vez visa um interesse social em manter a harmonia e a paz. Tais interesses e objetivos, na construção dia a dia da sociedade, tem uma ordem maior que organiza todo esse funcionamento: a Constituição. A força normativa dos Princípios Constitucionais direciona a prática jurídica a um benefício que interessa a ordem social. Sejam Princípios gerais ou específicos, as diretrizes sinalizam para a ordem de um Estado Democrático.

Nesse diapasão seguem aqueles que compartilham a idéia de que as relações homossexuais devem ser tratadas nas Varas de Família, visto que pela aplicação dos Princípios Constitucionais, se reconhece nessas uniões as mesmas características que fundamentam as relações afetivas entre pares heterossexuais. Entende-se que cabe ao cidadão decidir com quem quer se relacionar, e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ele não deve ser marginalizado por isso. É seu direito subjetivo. Da mesma forma, alguns outros princípios são aplicados, a todo o momento, nos julgamentos desses casos. É neste sentido que:

As normas legais precisam se adequar aos princípios e garantias que identificam o modelo consagrado pela Carta Política que retrata a vontade geral do povo. O núcleo do sistema jurídico, que sustente a própria razão de ser do Estado, deve garantir muito mais liberdades do que promover invasões ilegítimas na esfera pessoal do cidadão.¹⁰⁶

3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O fato de não haver leis escritas para disciplinar as relações homoafetivas, não tira do judiciário a responsabilidade de dar uma resposta à sociedade quanto àquela tutela jurisdicional. A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, nos ensinamentos do mestre Alexandre de Moraes. Por este princípio, cada ser

¹⁰⁶ DIAS, op. cit, p.77.

humano deve ser respeitado como é. Cabe ao estado proporcionar, a cada um, condições dignas de se desenvolver, sem qualquer tipo de discriminação. Assim, “há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo”.¹⁰⁷

Seja heterossexual ou homossexual, o cidadão tem direito a ser respeitado como ser humano. A ser reconhecido perante a justiça como portador de direitos e obrigações, como parte integrante da sociedade. Do mesmo modo que um heterossexual, também os homossexuais pagam impostos, cumprem obrigações quando impostas, e são menos favorecidos quanto aos seus direitos. Respeitar o cidadão como ele é, é uma obrigação do Estado que tem interesse no bem comum, e numa sociedade fundada nos princípios democráticos de direito. “E, para ser digno, e podermos falar em dignidade, é necessário considerar o sujeito e os caminhos, ainda que tortuosos de seu desejo”.¹⁰⁸

Objetivar uma sociedade livre e solidária, livre de marginalização, visando ao bem de todos, é uma conquista de uma nação que alcançou tais direitos a duras penas. A dignidade da pessoa humana, já consagrada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, visa chamar o Estado a sua responsabilidade de garantir ao cidadão, como ser humano, o mínimo de respeito e condições de vida, o que inclui assegurar certas garantias a direitos ditos como fundamentais.

O Estado deve respeito a cada cidadão, em suas mais variadas personalidades. Seja homossexual ou heterossexual, todos nós somos cidadãos participantes da mesma sociedade. O que cada um faz em sua intimidade diz respeito a si mesmo, não podendo o Estado, ou quem quer que seja, diferenciá-lo por razões discricionárias. A dignidade da pessoa humana diz respeito, inclusive, à intimidade de cada um. Ter dignidade é ser respeitado em todos os aspectos na sociedade e em sua personalidade.

3.4 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade garante a cada um o poder de decidir os valores ideais de sua vida. Ser livre é poder escolher o caminho que considera mais importante na busca de suas realizações. Poder andar na rua com o rosto pintado, com o cabelo vermelho, poder comprar

¹⁰⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 148.

¹⁰⁸ PEREIRA, Op. cit, p.45.

um carro azul, poder morar no sul ou no norte, faz parte do direito à liberdade de expressão, de ir e vir, de constituir patrimônio inerente a cada cidadão.

A liberdade, em suas mais variadas espécies, garante ao ser humano delinear suas idéias e expor aquilo que entende como importante para si mesmo, dentro de seus direitos. A liberdade de cada um só sofre limitação quando esbarra no direito do outro, ou quando a coletividade se sobrepõe. Dentro de sua casa, dentro de sua intimidade, dentro de sua vida, cada cidadão pode decidir e escolher o que melhor lhe convém. Este é um direito assegurado pela Constituição.

É inerente a cada um o direito de ser livre e dispor de sua liberdade. Ser livre na escolha de sua felicidade, na opção de formação de sua família. Não cabe ao Estado escolher quem pode se relacionar, mas sim assegurar o direito à família a todos aqueles que pretendem uma vida em parceria. A liberdade de escolher com quem deseja se casar e construir uma família, comungar dos interesses de uma vida inteira, cabe a cada ser humano como cidadão. Neste sentido:

Assentado o âmbito de proteção do direito da sexualidade, necessita-se explicitar seus princípios fundamentais. Liberdade e igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico seriam esses princípios, cuja afirmação implica o reconhecimento da dignidade de cada ser humano de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade¹⁰⁹.

Cada um sabe de sua felicidade e como pretende realizá-la. Fere o princípio da liberdade limitar o homem ou a mulher no seu direito de escolha. Ter a liberdade de decidir quanto aos seus interesses inclui o direito de decidir quanto a sua vida íntima. Assim como os casais podem decidir quantos filhos pretendem ter, ou onde pretendem morar, ou em que casa pretendem criar seus filhos, se casam ou vivem em união estável, também cada um tem o livre direito de decidir com quem pretende dividir tudo isso.

Decidir quem irá dormir ao seu lado todas as noites é um direito próprio do ser humano. Não deve o Estado vedar a liberdade que a Constituição assegura a seus cidadãos. As pessoas que vivem em relações homoafetivas têm a liberdade de escolherem que assim pretendem viver, e devem elas também serem reconhecidas pelo ordenamento, uma vez que a própria Constituição já assegura tal liberdade.

3.5 Princípio da igualdade

¹⁰⁹ RIOS, Op. cit, p.83.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim dispõe o art. 5º, caput, da Constituição Federal. Ao longo dos séculos, muitos são os conceitos e as idéias do que é ser igual. A própria Constituição garante igualdade formal em vários aspectos, em todo o seu texto. Para nós a igualdade que interessa é a de cada ser humano perante o ordenamento jurídico.

Formalmente, ser igual perante a lei quer dizer que todos devem receber o mesmo tratamento, tendo os mesmos direitos assegurados, seja homem ou mulher. Materialmente, interessa que o sistema jurídico crie mecanismos para efetivação de tais direitos, especialmente dos direitos fundamentais. Da mesma forma que todos nós somos passíveis de obrigações comuns, cabíveis a todo e qualquer cidadão, também todos teremos que ser recepcionados da mesma forma em direitos.

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para as organizações jurídicas e especialmente para o Direito de Família, sem os quais não há dignidade do sujeito, conseqüentemente não há justiça. O discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, uma outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos estão incluídos no laço social¹¹⁰

Garantir uma igualdade formal não basta numa sociedade democrática. Pelo princípio da igualdade, o direito que cabe ao cidadão “A”, de constituir família, ter assegurado seus direitos sucessórios, direitos patrimoniais, e previdenciários, também devem ser assegurados ao cidadão “B”.

Seja homem ou mulher, cada um deve ter reconhecido seu direito fundamental de ser feliz. E se dentro do conceito de felicidade está a idéia de comunhão de vidas, parece constitucional que todos possam constituir uma, seja em relacionamentos hetero ou homossexuais. Homem com homem, homem com mulher, ou mulher com mulher, o princípio da igualdade está presente quando o Estado reconhece a todos o mesmo tratamento jurídico, não deixando se contaminar por vertentes preconceituosas, o que estaria afrontando outro preceito constitucional que *constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceito de qualquer natureza*, art. 3º da Constituição Federal. Para Matos:

¹¹⁰ PEREIRA, Op. cit, p.141.

A igualdade na lei, no respeitante à orientação sexual, estaria a significar um tratamento jurídico não diferenciado para as pessoas, independente de sua orientação sexual. Por conseguinte, tanto heterossexuais quanto homossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico, não sofrendo discriminação em virtude de sua sexualidade. Segundo esse raciocínio, cessa-se a impossibilidade de uma identidade de casal para os parceiros homossexuais.¹¹¹

3.6 Princípio da afetividade

Com o reconhecimento do elemento subjetivo *afeto* como parte constituinte e de manutenção das relações sociais, a interpretação das normas, em Direito das Famílias, ganharam novos contornos, aceitando o aplicador do direito que nesse ramo das relações privadas devem ser levadas em consideração questões de outras áreas das ciências sociais. Tido como princípio implícito das relações de família, o Princípio da Afetividade agrega às normas jurídicas a idéia de que o ser humano é sujeito de desejos e dessa forma não há como desvencilhar tal elemento das suas escolhas no campo das relações pessoais. Assim, percebe-se que as relações de família são muito mais do que normas previstas, comportamentos delineados ou mero livro de compõe um conjunto de direitos e obrigações, mas possuem uma natureza intrínseca ao próprio ser humano.

Afeto, amor, carinho, compreensão são os elementos indispensáveis na formação de uma família. Pela própria origem da família, sabemos que as pessoas ali reunidas dividem, além de um único tronco ancestral, uma linha de interesses e companheirismo. Reconhecido como princípio constitucional implícito, a afetividade é elemento integrante das relações de família, não havendo como delas se desvencilhar. Por este princípio, a família está calcada em vínculos de afeição que cada membro cultiva em relação ao outro.

Quando duas pessoas se unem com o objetivo de formar uma família, elas estão juntas porque se amam, se gostam, e pretendem dividir as coisas boas e ruins que a vida possa trazer. É da natureza da família o sentimento e a afetividade, se assim não fosse não haveria qualquer interesse comum entre seus membros de se organizarem nessa instituição tão bonita.

Se numa mesma família reinasse a vontade individual, e cada membro se importasse apenas com si próprio, não seria uma família, mas a reunião de pessoas sem qualquer interesse comum. Reconhecer o sujeito como centro da discussão jurídica, elevando a categoria de ator da relação jurisdicional é, nas palavras de Rodrigo da Cunha, aceitar que o

¹¹¹ MATOS, Op. cit, p. 171.

ser humano é sujeito de desejo e afeto, e não apenas de normas. Saber identificar o afeto numa relação é separá-la de qualquer outra relação civil, e incluí-la no direito de família.

Assim como nas relações heterossexuais, também as relações homossexuais são constituídas dentro do afeto, do amor, de todos esses sentimentos que duas pessoas nutrem uma pela outra, que as fazem sentir especiais. Para o mundo jurídico, esse reconhecimento diz respeito à natureza humana, independente do tipo de relação em que o sujeito encontre-se inserido, seja heterossexual ou homossexual. Amar não vê raça, nem cor, nem religião, muito menos sexo. Não se ama o sexo de alguém, mas o ser humano que aquela pessoa apresenta para o outro.

O princípio da afetividade, que reina nas relações de família, finca a união e a comunhão entre os casais. Sem identificar se são dois homens, ou duas mulheres, ou um homem e uma mulher. Por isso, pela afetividade, principalmente, entendemos que as uniões homoafetivas estão incluídas no Direito de Família, e, desta forma, estas relações merecem ser recepcionadas em todos os seus aspectos. Deve-se reconhecer a este tipo de união, constituída com o mesmo sentimento que qualquer outro casal, o direito de legalizarem sua felicidade, de constituírem patrimônio e de serem recepcionados pela tutela jurisdicional com todas as conseqüências inerentes a qualquer relacionamento.

3.7 A lacuna legislativa quanto às relações entre pessoas do mesmo sexo

No Brasil a primeira tentativa de regulamentação das uniões homossexuais deu-se através do projeto de lei nº 1.151/95, da ex-Deputada Marta Suplicy que disciplinava a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Reconhecia a união civil, sendo realizado mediante um pacto entre as partes. O projeto, dividido em 18 artigos, disciplinava, principalmente, acerca dos direitos patrimoniais; seria realizado em livro próprio e registrado no cartório de pessoas naturais. O referido contrato trataria inclusive de direitos previdenciários, sucessórios, e de curatela.

Um substitutivo ao projeto da ex-Deputada foi apresentado pelo ex-Deputado, na época relator do projeto, Roberto Jefferson. O substitutivo tinha a pretensão de ir além da união civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, como previa o original. Este por sua vez chamado de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Em 2001, o próprio ex-Deputado Roberto Jefferson apresentou outro projeto, denominado de Pacto de Solidariedade. O projeto de lei nº 5.252/01 disciplinava não só um possível pacto entre pessoas do mesmo sexo, como entre pessoas de sexo distinto.

Disciplinava além de relações afetivas, qualquer tipo de relação entre duas pessoas que quisessem dispor acerca de direitos de propriedade, sucessórios, entre outros. Passados mais de dez anos, os projetos encontram-se adormecidos e engavetados.

Muito se diz quanto às mudanças sociais ocorridas nos últimos tempos e a ineficácia da norma jurídica na tutela de situações ainda não protegidas, fruto dessa complexidade social. É bem verdade que os valores sociais, do mundo contemporâneo, muito pouco lembram as regras de comportamento ensinadas no século passado.

Muito embora se admita que o direito deva acompanhar as mudanças da sociedade, percebe-se ainda certa ineficácia, de alguns institutos, na adoção de regras que contemplem as necessidades atuais dos sujeitos. Na tentativa de alcançar a tutela de certos direitos, muitos recorrem ao aparato do Poder Judiciário, com o intuito de conseguir alguma resposta frente à omissão normativa e aos preceitos sociais.

Em razão da lacuna existente na tutela das relações homossexuais, duas associações da cidade de São Paulo, propuseram, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, questionando o art. 1º, da lei nº 9278/96, que regulamentava o instituto da União Estável, intencionando a declaração de inconstitucionalidade da referida norma.

A Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, juntamente com a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo, no ano de 2004, propuseram, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando o art. 1º, da lei nº 9278/96, que regulamentava o parágrafo 3º, art. 226, da Constituição Federal, que trata da União Estável¹¹².

As demandantes pediam, liminarmente, a suspensão do artigo já referido, argumentando que tal regra não respeitava os Preceitos, os Fundamentos e os Princípios Constitucionais. Para as autoras, ao regulamentar a União Estável reconhecendo-a apenas entre um homem e uma mulher, a norma infraconstitucional promove um tratamento discriminatório, uma vez que exclui a possibilidade dos casais formados por pessoas do mesmo sexo serem contemplados.

Sob a égide dos Princípios Constitucionais da Igualdade e da Liberdade de expressão sexual, argumentaram que parcela da sociedade estaria sendo posta à margem do Direito ao não terem conferidos direitos advindos de uma relação constituída com as mesmas

¹¹² O arquivo da inicial encontra-se disponível no site:
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=adi%20e%203300&processo=3300>.

características da União Estável, preceituada pela Constituição Federal de 1988 e pela norma infraconstitucional. Assim, os casais que desfrutam de relacionamentos estáveis, em comunhão de vida, participam ativamente da produção social, teriam, em encargos, as mesmas obrigações que qualquer outro cidadão. No entanto, em razão da igualdade sexual do par, não eram sujeitos detentores de direitos, tal qual os casais heterossexuais.

Sob tal aspecto, questionavam que:

Os parceiros e parceiras do mesmo sexo constroem uma vida juntos, tendo como renda mensal o vencimento de ambas as partes e, quando podem vislumbrar um benefício como a declaração de União Estável, para direito a alimentos muitos outros benefícios, são a eles vedado tal direito.¹¹³

Dessa forma, argumentavam que tal tratamento encontrava-se em dissonância com o que preceitua o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, quando determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ferindo não unicamente o princípio da igualdade, mas igualmente aquele que veda a promoção de qualquer tratamento discriminatório.

Na aplicação do Princípio da Igualdade, ainda na argumentação da parte autora, deveriam ser levados em consideração os requisitos essenciais e não essenciais na interpretação da norma. Dessa forma, apenas no momento em que diferem, no caso concreto, dos requisitos essenciais preceituados, estaria autorizado o tratamento desigual pelo ordenamento jurídico.

Em razão do art. 5º, I, da Constituição Federal, dispor que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, o sexo não poderia ser considerado requisito essencial, não fazendo, a Constituição, qualquer distinção entre os gêneros, como sujeitos de direitos. Em consonância, dispõe o art. 3º, da Carta Magna, que:

Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Destarte, para o ordenamento jurídico brasileiro, o sexo não poderia ser considerado requisito essencial que possa autorizar um tratamento desigual por parte do aplicador do

¹¹³ Texto retirado da Inicial, página 2.

direito, no momento de enquadrar as relações homossexuais na figura da União Estável, conferindo-lhes os mesmos direitos e deveres que são atribuídos aos casais heterossexuais.

Assim, as demandantes desejavam o reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que os casais preenchem os mesmos requisitos exigidos, diferenciando-se apenas por não haver a diversidade de gênero sexual do par.

A ação proposta perante o STF, em sede de controle abstrato, na qual atuou como Relator o Ministro Celso de Mello, teve a análise de sua preliminar prejudicada, tendo sido extinto o processo. Ocorre que o artigo do qual se alegava inconstitucionalidade, no momento da propositura da ação, encontrava-se derogado, em face da superveniência do Código Civil de 2002 que, em seu art. 1.723, passou a regulamentar a figura da União Estável.

Não tendo sido, portanto, questionado o referido artigo do novo código, tornou-se inviável a ação proposta. Uma vez que o Código Civil de 2002, sob o título III, tratou de disciplinar a União Estável, mesmo que timidamente, em cinco artigos, as leis anteriores que tratavam do assunto tornam-se nulas, para efeitos jurídicos.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou não ser admissível, em sede de controle abstrato, a apreciação de norma jurídica já derogada: “(...) também não pode ser a presente ação conhecida (...), tendo em vista que a jurisprudência desta Corte já firmou o princípio (...) de que não é admissível a apreciação, em juízo abstrato, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de norma jurídica revogada antes da instauração do processo de controle (...)” (RTJ 145/136, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)¹¹⁴

Tampouco seria possível questionar a inconstitucionalidade do próprio § 3º, do Art. 226, da Constituição Federal, visto que o Supremo não aceita a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, que seria a situação do referido parágrafo.

No entanto, a decisão proferida pode ser considerada bastante diferenciada. Apesar de se encontrar prejudicado o objetivo pretendido, em razão de questões unicamente formais, o Ministro levantou uma discussão até então não abordada pelos Tribunais Superiores – a situação jurídica das relações homossexuais.

Tendo em vista os fatos que permeiam as atuais relações sociais, o Relator tratou a matéria como de “extrema importância jurídico-social”, apontando que a realidade brasileira contempla relações dessa natureza. Ressaltando, ainda, que preocupados com adequação

¹¹⁴ Argumentação levantada pelo relator da ação na decisão proferida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=adi%20e%203300&processo=3300>.

jurídica às novas necessidades apresentadas, a doutrina e a jurisprudência já haviam buscado responder aos anseios sociais.

Não obstante, a decisão promoveu uma orientação daqueles que buscavam uma resposta do Judiciário. O relator tratou de esclarecer que a matéria, uma vez prejudicada sua apreciação diante das circunstâncias já apresentadas, não estava impossibilitada de ser novamente levada àquele juízo sob a forma de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.

Evidenciou-se, portanto, o interesse e a preocupação da Suprema Corte em buscar uma solução para a situação que se percebe diariamente e que ainda não possui tutelada jurídica, respondendo aos anseios e problemas sociais. Levando-se em consideração, inclusive, que o assunto importa e diz respeito sem exclusividades da seara jurídica, mas trata-se de questões sociais relevantes, visto que não se admite mais enxergar o Direito em um tubo de ensaio, mas inserido num processo transdisciplinar, envolvendo questões de outras áreas das ciências humanas. Nas palavras do Ministro:

Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais.¹¹⁵

Apesar de a Constituição prever, expressamente, a União Estável como entidade formada por um homem e uma mulher, nada impede que relações entre pessoas do mesmo sexo aconteçam de fato, e que a elas seja conferida a tutela constitucional de entidades familiares igualmente.

É necessário enfrentar o problema que emerge e encará-lo sem preconceitos. A homossexualidade não é doença ou uma livre escolha individual¹¹⁶. Dessa forma, não se

¹¹⁵ MELLO, Celso de. Decisão Monocrática. ADI – 3300.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

admite censurar ou condenar alguém em razão da orientação sexual. O comportamento homossexual deixou de ser classificado como distúrbio mental desde 1973¹¹⁷. Segundo Freud:

A homossexualidade não é, evidentemente, uma vantagem, mas nela não há nada de que se deva ter vergonha; não é um vício nem um alvitramento e não se poderia qualificá-la como uma doença; (...) Perseguir a homossexualidade como um crime é uma grande injustiça e também uma crueldade.¹¹⁸

Muitos são os casos em que famílias, formadas por casais do mesmo sexo, recorrem ao Judiciário em busca da satisfação de algum direito material. A falta de regulamentação jurídica deixa desprovidos os sujeitos envolvidos nessa relação. Algumas vezes, inclusive, percebe-se a realização de injustiças como “chancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detrimento de quem dedicou a vida ao companheiro”¹¹⁹.

Ocorre que a união entre pessoas do mesmo sexo está revestida das mesmas características de uma união heterossexual. Constituídas de forma pública, duradoura, notória e com intenção de formar família, não existe razão para não conferir proteção constitucional a essas entidades. De forma que, mesmo havendo a igualdade entre os gêneros sexuais, por analogia, cabe aplicar o instituto da União Estável também a esses casais, conferindo-lhes os mesmo efeitos e conseqüências jurídicas.

Em razão do que preceituam os Princípios Constitucionais, é necessário interpretar a norma dando a ela a mobilidade necessária para se adequar ao novo panorama social. O processo hermenêutico deve buscar a realização material das normas jurídicas, a fim de alcançar o objetivo social do Direito.

Cumpra verificar o desenvolvimento que tiveram no passado os institutos jurídicos, e também sua evolução contemporânea, dentro e fora do país; toda a elaboração do Direito Positivo, as suas tendências recentes, os seus objetivos; os métodos e os sistemas que melhor se adaptam ao progresso social e contribuem para o labor tranqüilo do homem.¹²⁰

Nesse sentido, o *status* de entidades familiares, aos casais homossexuais, deve ser reconhecido independente de regra determinada pré-existente, mas em razão do processo

¹¹⁷ FERNANDES, Op. cit, 2004.

¹¹⁸ Freud *apud* RIOS, Op, cit, p. 110.

¹¹⁹ DIAS, op. cit, p.45.

¹²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 113.

hermenêutico de adequação da realidade social aos pressupostos e fundamentos já consagrados em caráter de princípios pela Constituição Federal.

Apesar de encontrar-se prejudicada a Ação proposta pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, juntamente com a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros, tal iniciativa deve ser considerada como um avanço na discussão no que trata das relações entre pessoas do mesmo sexo. Principalmente pelo fato de que a pauta dos movimentos *gays* não atingiram o discurso moderno, qual seja, a busca pela tolerância.

Ao pronunciar a situação como matéria de “extrema importância jurídico-social”, o Ministro Celso de Mello destacou a necessária apreciação de questões que envolvem os direitos dos homossexuais, atribuindo-lhes uma análise mais cautelosa e interdisciplinar. Identifica-se uma maior disposição da sociedade contemporânea para discutir o tema, assim como para garantir igualdade de direitos àqueles que contribuem igualmente para o processo social.

Fechar os olhos diante da realidade está comprovado que não resolve a situação. Em face da omissão do poder legislativo, atribui-se ao Judiciário, o papel de promover a adequação normativa através de instrumentos próprios da ciência jurídica. Desde o juízo de primeiro grau, até o Supremo Tribunal, reconhecido é o avanço no que diz respeito a tutela Constitucional das entidades familiares.

Inclusive, a sugestão de promover nova discussão, naquela corte, através de ADPF, com o mesmo questionamento, já foi atendida. Vale ressaltar que corre, no Supremo Tribunal Federal, inicialmente sob a forma de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de nº 132¹²¹, proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723, do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis daquele Estado. Já tendo se manifestado o advogado-geral da União, este emitiu parecer favorável ao pedido. A ação, atualmente, aguarda julgamento pela suprema corte.

Outra atitude em favor dos direitos dos casais homossexuais foi a ADF nº 178¹²², ajuizada pela Procuradoria – Geral da República, e que veio a ser convertida em ADI (sob o nº 4277), onde se questiona o art. 1723, do Código Civil, como inconstitucional, por afrontar

¹²¹ ADPF nº 132 disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=132&processo=132>.

¹²² ADPF nº 178 convertida na ADI nº 4277 disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2688768>

os princípios da Carta Magna, ao reconhecer como União Estável apenas aquela constituída entre homem e mulher.

Defende a Procuradoria que a interpretação dada ao dispositivo não deve acontecer de forma restrita, mas incluindo os casais formados por pares homoafetivos. Tal limitação não pode ser suportada, por ofenderem os preceitos instituídos na Constituição de 1988, como a Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade. A ação, igualmente, ainda não foi julgada.

Na defesa da pluralidade das entidades familiares e visando a construção de um ordenamento pela igualdade de direitos, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, em atitude impar e antecipando-se aos representantes do poder legislativo, elaborou uma codificação de normas que poderiam regulamentar as relações de família. Tal compilação transformou-se em um Projeto de Lei, protocolado sob o nº 2.285/2007, através do Deputado Sérgio Barradas Carneiro.

O conjunto de normas pretende a reunião do direito material pertinente às famílias, bem como regras de procedimento. O projeto que é composto de 274 artigos, organizados em nove títulos, congrega as tutelas jurídicas que se percebem necessárias nas relações familiares, e que, em alguns casos, não foram regulamentadas pelo ordenamento civil de 2002. Trata-se de um microsistema que retiraria do Código Civil o livro de direito de família.

Inicialmente, parece-nos interessante atentar para a mudança que ocorre quanto ao sujeito detentor da tutela jurídica. O direito que se dizia ser *de família* passa a pertencer às *famílias*. Esta, aparentemente, simples mudança revela a transformação no padrão social, ao renegociar os padrões, rompendo com a identidade de um único modelo familiar e demonstrando a existência de diversas formas de família.

O projeto possui regras específicas para o casamento, para a união estável, para a união homoafetiva e para a família parental¹²³. A exemplo das idéias propostas encontra-se a opção pelo termo “convivente” ao invés de “companheiro”, no que diz respeito à união estável, bem como tende a estimular a guarda compartilhada, no que diz respeito à filiação.

No que se referem às relações homossexuais, elas ganharam um capítulo próprio, sob a denominação específica, *Da União Homoafetiva*, inserido no título III, *Das Entidades Familiares*. Inicialmente, no art. 68, do referido projeto, lê-se:

Art. 68 É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição familiar, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

¹²³ ESTATUTO DAS FAMÍLIAS. Projeto de Lei nº 2285/2007. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, P.8.

Passariam os casais homossexuais a possuírem regramento próprio, disciplinando expressamente a constituição de um tipo, qual seja, a União Homoafetiva. O parágrafo único, do mesmo artigo, contemplando quatro incisos, assegura ainda direitos referentes à guarda e convivência dos filhos, adoção, previdenciário e de herança. Delineia de forma simplificada as relações homossexuais, não fazendo referência a qualquer outro direito. Ocorre, no entanto, que a expressão *no que couber*, constante do *caput*, parece-nos a porta de saída na tutela e solução de situações outras que não aquelas constantes dos quatro incisos.

Ademais, no Título VII, *Do Processo e do Procedimento*, do referido projeto, encontra-se disciplinado o procedimento no reconhecimento dessas uniões, facultando aos parceiros o reconhecimento de sua união, através de ação própria, que pode ser requerido durante a existência da relação ou mesmo ao seu término.

3.8 Direito comparado

A homossexualidade é um assunto polêmico no mundo todo. Aqueles que defendem o casamento homossexual ou alguma forma de regulamentação desses relacionamentos sustentam a bandeira de que a discriminação em torno desses casais afronta, principalmente, os direitos humanos. A militância, no geral, está em torno de serem reconhecidos aos casais homossexuais os mesmos direitos conferidos aos casais heterossexuais.

Os países que condenam, discriminam ou não aceitam as relações homossexuais, em sua grande maioria, pautam suas posturas em aspectos religiosos e morais. A evolução quanto à aceitação desses relacionamentos está condicionada a aspectos principalmente culturais de cada povo. A evolução social, e a maturidade apresentada por cada país, também, contribui no posicionamento que venha a ser estabelecido.

É principalmente na Europa que encontramos países que se posicionam a favor e já apresentam uma regulamentação para esses novos casais. A Dinamarca foi o primeiro país a legislar sobre o assunto, legalizando, em 1989, a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo.

Para tratarmos melhor do assunto utilizaremos uma classificação feita pela Desembargadora do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias¹²⁴, que, de acordo com o grau de liberdade quanto ao assunto, dividiu os países em três blocos. No primeiro bloco estariam os países altamente conservadores. Para estes, a homossexualidade é taxada como crime, eles

¹²⁴ FERNANDES, op. cit, p.116.

abominam tal comportamento, e, em alguns lugares, a pena para quem for pego praticando atos homossexuais chega a ser a pena de morte.

Neste bloco estariam, principalmente, os países mulçumanos e os islâmicos, altamente repressivos; tais países não reconhecem de forma alguma o comportamento homossexual.

O segundo bloco seria composto pelos países que não discriminam as relações homossexuais, no entanto não possuem qualquer regulamentação para eles. É considerado o maior dentre os blocos e os países participantes não proibem qualquer medida que promova a discriminação, apesar de não disciplinarem sobre o assunto.

É o caso do Brasil, do Canadá, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Nova Zelândia, e de alguns estados do Estados Unidos. Dentre os Estados Americanos, encontramos alguns que já possuem uma norma específica sobre o assunto, ao passo que nos defrontamos com outros que proibem fielmente.

Estados como Vermont, Los Angeles, Massachusetts já possuem uma parceria civil registrada que possibilita aos casais homossexuais, regularizarem sua situação. Da mesma forma que estados como a Geórgia, por exemplo, proibem, expressamente, a regulamentação desses casais, chegando até a não reconhecer essas uniões, bem como na Flórida, que proíbe a adoção por homossexuais.

Por fim, são classificados os países completamente liberais, inseridos no terceiro bloco, no que tange ao reconhecimento e regulamentação dessas uniões. Representados principalmente pelos países nórdicos. Estes países além de pregarem pela não discriminação, ainda realizam políticas que apóiam os homossexuais.

Holanda, Noruega, Suécia, Dinamarca, Bélgica, Espanha, Argentina e recentemente Portugal são os países que possuem regulamentados e reconhecidos os direitos dos casais homoafetivos em contraírem o matrimônio.

A Dinamarca já tinha o assunto em discussão desde 1984. Em 1986 foram garantidos certos direitos aos casais homossexuais, e apenas em 1989 a parceria civil foi reconhecida. Em 1993 foi a vez da Noruega reconhecer e regulamentar a parceria civil homossexual. Em 1995 foram oficializadas essas uniões na Suécia. E em 1996 na Islândia.

Na maioria dos países que regulamenta a “Parceria Civil Registrada”, os direitos reconhecidos aos casais homossexuais são praticamente os mesmos. Diz respeito ao direito patrimonial, sucessório e herança. No caso de uma separação são aplicados as leis de cada país quanto a separação de bens. Na Dinamarca a parceria civil registrada chega a possibilitar

o direito de mudança do nome. Na Noruega a parceria confere, inclusive, direito de partilhar o poder familiar.

Em 1999, a França promoveu uma alteração em seu código civil, e em novembro daquele ano aprovou a Lei nº 99-944, que trata do Pacto Civil de Solidariedade. Por este pacto, duas pessoas físicas e capazes, do mesmo sexo ou não, podem celebrar um contrato dispondo de sua vida em comum. Esta declaração é feita em cartório. As partes são livres para deliberarem sobre seus bens, e se houver qualquer tipo de omissão, consideram aqueles bens como adquiridos em conjunto. O pacto não pode ser celebrado entre pessoas casadas, e pode ser dissolvido junto ao cartório onde foi registrado.

Na França o pacto da solidariedade não é destinado exclusivamente aos casais homossexuais, também os casais heterossexuais podem dispor deste contrato, desde que preenchidos os requisitos exigidos, o que vale para ambos os relacionamentos. Podendo ser alterado a qualquer momento, o contrato firmado entre as partes gera, principalmente, o dever de auxílio mútuo.

Na Bélgica, a regulamentação sobre as uniões homoafetivas veio em 2002. Lá, assim como na Holanda, os casais homossexuais podem efetivamente se casar, tendo resguardados e reconhecidos os mesmos direitos que aos casais heterossexuais.

A legislação mais evoluída, no que pertine às relações homossexuais, encontra-se na Holanda. A Holanda foi o primeiro país a reconhecer aos casais *gays* a possibilidade do casamento, em 2001. Em sua legislação vigente, o casal pode escolher dentre se casar ou estabelecer a parceria civil registrada. Pode, inclusive, o casamento ser convertido em parceria civil, ou a parceria registrada ser convertida em casamento.

O casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo produz os mesmo efeitos que o casamento heterossexual, bem como estabelece os mesmo direitos e as mesmas obrigação entre os cônjuges. A novidade na legislação holandesa veio depois, considerando-se tal ordenamento a frente dos demais, pelo fato de ser possível para os casais homossexuais, além do direito ao casamento, também o direito a adoção, concedida somente à crianças holandesas.

A maioria dos países, diferente da Holanda, possui regulamentação quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas, mas não dispõe de outros aspectos, como, por exemplo, a adoção por homossexuais, a exemplo da Bélgica.

Parece-nos interessante transcrever o quadro extraído do *site* da ex-deputada Marta Suplicy, adaptado por Débora Vanessa Cabús Brandão, também apresentado por Taísa Ribeiro Fernandes¹²⁵, de quem passamos a transcrever:

❖ Países nos quais existem leis que regulamentam a parceria homossexual: Bélgica, Dinamarca, Groelândia, Hungria, Islândia, Noruega, Suécia, Holanda, França, Espanha, Alemanha, Argentina, Portugal.

❖ Países nos quais estados, províncias e cidades reconhecem o contrato de parceria civil: Canadá, Espanha, Estados Unidos e África do Sul.

❖ Países nos quais a lei está em discussão no Congresso: Brasil, Finlândia e República Tcheca.

❖ Países que proíbem a discriminação por motivos de orientação sexual: África do Sul, Canadá, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, França, Holanda, Noruega, Nova Zelândia, Polônia e Suécia.

❖ Países que concedem o direito à nacionalidade por motivo de parceria homossexual: Austrália, Dinamarca, Holanda, Noruega, Nova Zelândia e Suécia.

❖ Países nos quais existe uma clara política oficial afirmando que ser homossexual não é impedimento para servir o Exército: Austrália, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Estônia, Finlândia, Holanda, Israel, Nova Zelândia, Noruega e Suécia.

Salientamos que o quadro apontado, anteriormente, sofreu algumas alterações de nossa parte. Incluímos a Bélgica e a Espanha, entre os países que possuem uma regulamentação quanto à parceria civil registrada, uma vez que os mesmos já disciplinaram sobre o assunto em sua legislação. Importante completar que Portugal também já regulamentou a união homoafetiva, assim como em 2002, na Argentina, foi aprovada a lei que autoriza a União Civil entre pessoas do mesmo sexo. Desta forma, a Argentina passou a ser o primeiro país da América Latina a regulamentar essas uniões. Entretanto, “a união civil portenha não prevê, no entanto, direito à herança, pensão ou adoção, e estará dissolvida com a morte de um dos membros do casal, matrimônio de um deles, acordo mútuo ou decisão unilateral.”¹²⁶

Quanto a discussão política brasileira, percebe-se que o assunto será pacificado pelas Cortes Superiores. O congresso nacional não sinaliza qualquer interesse em legislar sobre o assunto. Portanto, deve vir, mais uma vez, de entendimento jurisprudencial de aplicação das normas de direito de família, aos casais homossexuais. Como anteriormente expostos, o

¹²⁵ FERNANDES, op. cit, p.130.

¹²⁶ FERNANDES, op. cit, p. 131.

Superior Tribunal de Justiça já posicionou-se favorável ao reconhecimento dessas uniões como entidades familiares. A expectativa cerca, atualmente, o julgamento das ações na suprema corte.

3.9 Evolução doutrinária e jurisprudencial do Direito das relações homoafetivas

Apesar da falta de regulamentação, o judiciário vem tomando para si a responsabilidade de dar uma solução aos problemas gerados em torno das relações homoafetivas. Tamanha a discussão gerada, muitas obras já existem tratando do assunto e reconhecendo, nas relações homossexuais, as mesmas características das relações heterossexuais.

Com o reconhecimento precípua do princípio da afetividade nas relações de família, boa parte do posicionamento sobre o que é família e qual sua finalidade acabou sendo modificada. Aquele trinômio conjugal de heterossexualidade, patrimônio e procriação, para a efetiva formação da família já foi superado. A procriação não é mais elemento indispensável na caracterização da família. Passamos a identificar novas organizações de família.

No entanto, nem todas as respostas a essas transformações encontram-se oferecidas pelo sistema. Os primeiros passos para uma aceitação diversificada das relações familiares partiram da doutrina que enfrentou a resistência às mudanças a partir de novos questionamentos. No mesmo sentido, ao poucos, seguiram sinalizando os tribunais.

O caminho para a construção de um direito homoafetivo seguiu a mesma trilha. As relações homoafetivas ainda são objeto de inúmeras discussões, como a que ocorreu na Câmara dos Deputados, no dia 12 de maio de 2010, na audiência pública sobre o Estatuto das Famílias. Entretanto, a jurisprudência com a incumbência que lhe cabe em responder ao direito, já demonstra sinais de inclusão jurídica das relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, as relações homoafetivas não estão tão distantes de um tratamento que se equipare ao dispensado aos casais heterossexuais. Alguns Tribunais já se posicionam a favor do reconhecimento desses casais, e em decisões cada vez mais inovadoras, direitos são reconhecidos aos homossexuais.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o primeiro no país a conceder direitos na esfera familiar a essas uniões. Com base no princípio da afetividade, o tribunal gaúcho

despontou no cenário nacional declarando as uniões homoafetivas como entidades familiares. Atribuindo partilha de bens e direito de uso da residência na qualidade de união estável, como vemos a seguir:

TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível

NÚMERO: 70007243140

RELATOR: José Ataídes Siqueira Trindade

EMENTA: **RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS.** Mantém-se o reconhecimento proferido na sentença da **união estável** entre as partes, homossexuais, se extrai da prova contida nos autos, forma cristalina, que entre as litigantes **existiu por quase dez anos forte relação de afeto com sentimentos e envoltimentos emocionais, numa convivência more uxoria, pública e notória, com comunhão de vida e mútua assistência econômica, sendo a partilha dos bens mera consequência.** Exclui-se da partilha, contudo, os valores provenientes do FGTS da ré utilizados para a compra do imóvel, vez que "frutos civis", e, portanto, comunicáveis. Precedentes. Preliminar de não conhecimento do apelo rejeitada. Apelação parcialmente provida, por maioria. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70007243140, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 06/11/2003) (grifo nosso)

TIPO DE PROCESSO: Agravo de Instrumento

NÚMERO: 70008631954

RELATOR: José Ataídes Siqueira Trindade

EMENTA: **AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL CUMULADA. DIREITO DE USO DA RESIDÊNCIA.** Mostra-se acertada a decisão que manteve o direito de uso da residência pelo recorrido, até porque houve manifestação neste sentido pelo recorrente em audiência. Não provado que o imóvel utilizado como um todo tenha acessos distintos e totalmente independentes, a cautela recomenda que não se permita sua coabitação como forma de preservar a integridade física dos litigantes. Agravo de instrumento desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70008631954, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 24/06/2004)

O reconhecimento dessas relações com o *status* de família, pela inclusão no rol do artigo 226, da Constituição Federal, dá-se ainda com base nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que embasam a corrente de que a expressão sexual do sujeito, seja homo ou hetero, é característica indissociável da sua condição humana. Sendo assim, não poderia o judiciário se desviar de conceder tutela jurisdicional. Vejamos:

TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível

NÚMERO: 70009550070

RELATOR: Maria Berenice Dias

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. **A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família.** A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo, vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2005). (grifo nosso)

Não somente para fins de relações ainda existentes, como nas questões sucessórias – que em parte decorrem das relações de família podem ser apontadas algumas decisões que preceituam o princípio da igualdade, constante do art. 5º da Constituição Federal, para socorrer o companheiro ou a companheira sobrevivente, nas questões de pensão, por exemplo. Neste sentido, decidiu a primeira Câmara de Direito Público, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2009, havendo comprovada relação homoafetiva e dependência material da companheira sobrevivente.

Tipo de Ação: Apelação Com Revisão

Número: 5316435000

Relator(a): Regina Capistrano

Ementa: servidor público estadual - pensão e indenização - pretensão deduzida por companheira de servidora pública - relação homoafetiva " comprovada, bem como a dependência material da autora para com a falecida - pensão devida - art. 147, ii, da lc nº 180/78, com a , redação que lhe foi dada pela lc nº 1.012/07 - **prevalência do princípio da igualdade - art. 5º, caput e inciso I da CF** - precedentes desta corte e do stj. (Apelação nº 5316435000, 1ª Câmara de Direito Público , Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Regina Capistrano, Julgado em 28/07/2009). (grifo nosso).

Os argumentos contrários ao reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, pautam-se, desde o início, apenas em critérios normativos – na

inexistência de previsão infra ou constitucional na tutela dessas relações. Limitam-se apenas em declarar a necessidade da diversidade dos sexos para caracterização da conjugalidade, conceito atrelado a uma memória social da relação afetiva-sexual estável como privilégio dos casais heterossexuais. Assim, tribunais mais conservadores e positivistas, mesmo em reconhecendo certos aspectos inerentes à União Estável, julgam pela impossibilidade do pedido. Neste sentido:

TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível

NÚMERO:70009888017

RELATOR:Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves

Ementa: RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. **A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem uma mulher**, estabelecida com o objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. **Não havendo sequer situação fática a assemelhada a um casamento, sem que o par sequer tenha morado sob o mesmo teto, não há como reconhecer a pretendida união homossexual com o objetivo de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável.** Recurso desprovido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70009888017, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/04/2005).(grifo nosso)

TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível

NÚMERO: 70009791351

RELATOR: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves

EMENTA: RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALIMENTOS. 1. **A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública, e contínua de um homem e uma mulher**, estabelecida com objetivo de constituição de família e com possibilidade de sua conversão em casamento. 2. Não se verificando situação fática assemelhada à **união estável**, sem que o par sequer tenha morado sob o mesmo teto, não há como ser deferido o pedido de alimentos nem de "ajuda financeira". Recurso desprovido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70009791351, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 10/11/2004) (grifo nosso).

TIPO DE PROCESSO: Apelação Cível

NÚMERO: 70007911001

RELATOR: Antônio Carlos Stangler Pereira

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOSSEXUAL. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL. O relacionamento **homossexual** entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer **a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o § 3º do art. 226 da Constituição Federal no sentido da**

diversidade de sexos, homem e mulher, como também está na Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, bem como na Lei 9.278, de 10 de maio de 1996. Entretanto, embora não possa se aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável, em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato. Apelo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70007911001, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 01/07/2004) (grifo nosso).

Ainda no plano do não reconhecimento dos direitos homoafetivos, o argumento perpassa pela simples ausência de regulamentação, sendo a falta da previsão a razão pela não concessão de quaisquer direitos. Nesse sentido, encontramos o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2005, que declarou a impossibilidade jurídica do pedido nas pretensões envolvendo uniões homoafetivas, como segue:

Relator: CAETANO LEVI LOPES

Relator do Acordão: CAETANO LEVI LOPES

Data do acordão: 07/06/2005

Data da publicação: 24/06/2005

Inteiro Teor: EMENTA: Remessa oficial e apelações cíveis voluntárias. Ação ordinária. Sentença condenatória ilíquida. Autarquia previdenciária. Duplo grau de jurisdição obrigatório. Conhecimento de ofício. Benefício previdenciário. Direito de família inócurren. Possibilidade jurídica do pedido presente. Legitimidade ativa "ad causam" patenteada. Pensão por morte de segurado. Relação homoafetiva. Ausência de lei específica. Benefício inexistente. Sentença reformada. 1. A sentença condenatória ilíquida contra autarquia previdenciária torna obrigatório o duplo grau de jurisdição. Ausente a remessa oficial, esta deve ser, "ex officio", conhecida. 2. Pleiteado benefício previdenciário, a matéria não é de direito de família. Logo, a competência é mesmo de vara especializada da Fazenda Pública E Autarquias. 3. A possibilidade jurídica do pedido consiste em existir, abstratamente, na ordem jurídica, tutela jurisdicional para a pretensão específica. 4. A ordem jurídica brasileira admite pedido de benefício previdenciário. Existe, portanto, possibilidade jurídica para a pretensão. 5. Legitimado para a causa é o envolvido no conflito de interesses. Quem entende ter direito a benefício previdenciário negado pela autarquia, está ativamente legitimado para demandar a tutela jurisdicional. 6. **A Constituição da República de 1988 reconhece apenas a união heterossexual como entidade familiar.** 7. Ainda que a ordem jurídica brasileira tenha evoluído quanto ao conceito de entidade familiar, **tal evolução não incorporou a união homossexual ou homoafetiva.** 8. A concessão do benefício previdenciário depende da edição de lei específica, conforme entendimento adotado pelo Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 204.193-9 - RS. 9. No caso do Estado de Minas Gerais, a legislação não ampara a concessão de benefício previdenciário decorrente de relação homoafetiva. 10. Remessa oficial conhecida de ofício. 11. Apelações cíveis voluntárias conhecidas. 12. Sentença reformada em reexame necessário, prejudicados os recursos voluntários e rejeitadas três preliminares da primeira apelante voluntária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.02.012887-5/001 - COMARCA DE JUIZ DE FORA - APELANTE(S): 1º) C.M.A.N, REPDA. P/ MÃE E.A.C, 2º) IPSEMG - APELADO(A)(S): E.V.S - RELATOR: EXMO. SR. DES. CAETANO LEVI LOPES (grifo nosso).

Relator: CAETANO LEVI LOPES

Relator do Acórdão: CAETANO LEVI LOPES

Data do acórdão: 22/03/2005

Data da publicação: 01/04/2005

Inteiro Teor: EMENTA: Agravo de instrumento. Ação declaratória. União estável entre pessoas do mesmo sexo. Manifesta impossibilidade jurídica do pedido. Recurso provido. 1. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. 2. Diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3º, da Constituição da República, somente entidade familiar por constituir união estável o relacionamento afetivo entre homem e mulher. 3. **Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo.** 4. Agravo de instrumento conhecido e provido.

AGRAVO (C. CÍVEIS ISOLADAS) Nº 1.0702.03.094371-7/001 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - AGRAVANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - AGRAVADO(A)(S): M.L.F.S, INTERESSADA: G.M.S - RELATOR: EXMO. SR. DES. CAETANO LEVI LOPES. (grifo nosso).

O referido argumento, no entanto, parece estar vencido, tendo o Superior Tribunal de Justiça, em fevereiro deste ano, reconhecido o direito dos companheiros do mesmo sexo o benefício previdenciário “sem restrições de qualquer ordem”, declarando que “Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo”, conforme transcrevemos a seguir.

Processo REsp 1026981 / RJ

RECURSO ESPECIAL 2008/0025171-7

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 04/02/2010

Data da Publicação/Fonte DJe 23/02/2010

Ementa: Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários.

- Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais.
- O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos.
- Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.
- O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos.
- Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, haverá, por consequência, o reconhecimento de tal união como entidade familiar, com a respectiva atribuição dos efeitos jurídicos dela advindos.
- A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.
- Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito.
- A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-

se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso.

- A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual.

- Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário.

- Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada no qual o falecido era participante, com os idênticos efeitos operados pela união estável.

- Se por força do art. 16 da Lei n.º 8.213/91, a necessária dependência econômica para a concessão da pensão por morte entre companheiros de união estável é presumida, também o é no caso de companheiros do mesmo sexo, diante do emprego da analogia que se estabeleceu entre essas duas entidades familiares.

- “A proteção social ao companheiro homossexual decorre da subordinação dos planos complementares privados de previdência aos ditames genéricos do plano básico estatal do qual são desdobramento no interior do sistema de seguridade social” de modo que “os normativos internos dos planos de benefícios das entidades de previdência privada podem ampliar, mas não restringir, o rol dos beneficiários a serem designados pelos participantes”.

- O direito social previdenciário, ainda que de caráter privado complementar, deve incidir igualmente sobre todos aqueles que se colocam sob o seu manto protetor. Nessa linha de entendimento, aqueles que vivem em uniões de afeto com pessoas do mesmo sexo, seguem enquadrados no rol dos dependentes preferenciais dos segurados, no regime geral, bem como dos participantes, no regime complementar de previdência, em igualdade de condições com todos os demais beneficiários em situações análogas.

- Incontroversa a união nos mesmos moldes em que a estável, o companheiro participante de plano de previdência privada faz jus à pensão por morte, ainda que não esteja expressamente inscrito no instrumento de adesão, isso porque “a previdência privada não perde o seu caráter social pelo só fato de decorrer de avença firmada entre particulares”.

- Mediante ponderada intervenção do Juiz, munido das balizas da integração da norma lacunosa por meio da analogia, considerando-se a previdência privada em sua acepção de coadjuvante da previdência geral e seguindo os princípios que dão forma à Direito Previdenciário como um todo, dentre os quais se destaca o da solidariedade, são considerados beneficiários os companheiros de mesmo sexo de participantes dos planos de previdência, sem preconceitos ou restrições de qualquer ordem, notadamente aquelas amparadas em ausência de disposição legal.
- Registre-se, por fim, que o alcance deste voto abrange unicamente os planos de previdência privada complementar, a cuja competência estão adstritas as Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ. Recurso especial provido. Acórdão .Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina e Paulo Furtado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

O ano de 2010, sem dúvida, marca um grande momento para a jurisprudência dos direitos civis dos homossexuais. Pela primeira vez o Superior Tribunal de Justiça julgou um recurso sobre adoção por casal homossexual e manteve a decisão relatada pelo Desembargador Luiz Felipe Santos Brasil que autorizava a adoção de duas crianças por um casal de mulheres de Bagé/RS. A adoção havia sido deferida em primeira e segunda instâncias, no entanto o Ministério Público gaúcho recorreu da decisão, alegando inexistência de previsão normativa. Ao final de seu voto o presidente da Quarta Turma do STJ, ministro João Otávio de Noronha afirmou “Não estamos invadindo o espaço legislativo. Não estamos legislando. Toda construção do direito de família foi pretoriana. A lei sempre veio a posteriori”.¹²⁷

Visível nos parece que às uniões constituídas entre pessoas do mesmo sexo podem ser protegidas tal qual se constituem. O ordenamento vigente e a evolução jurisprudencial, baseada nos fundamentos da própria Constituição, demonstram o perfeito e possível enquadramento da união do par igual como uma identidade de casal. Assim, as relações familiares podem conjugar o par homoafetivo, na proteção dos direitos dos indivíduos envolvidos e do núcleo familiar.

¹²⁷ Retirado do voto e relatório não publicado na página do STJ. Disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96931. Acesso em 28 abr 2010.

Considerações Finais

A dinâmica da sociedade desaguou em novos arranjos sociais especialmente quanto às relações de família, criando uma diferença entre o fato social constituído e a norma jurídica estabelecida. A partir de então, necessária e importante transformação operou no mundo do Direito, para que fosse possível responder a estas situações. Com a Constituição Federal de 1988 a sociedade brasileira inaugurou um novo momento político-jurídico de garantias, direitos e liberdades individuais que promoveu a inclusão de classes e raças numa sociedade pluralista.

O diploma constitucional institui um *Estado Democrático de Direito*, comprometido em *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*. Para tanto, suas diretrizes estão fincadas nos princípios e valores da liberdade, igualdade, e respeito mútuos, com o fim de estabelecer uma sociedade justa e fraterna. Esses preceitos fazem parte das mais diversas cartas e declarações de direitos da sociedade do século XX, do pós-guerra, que tomaram de forma universal o compromisso de proteção da pessoa humana, na tutela do mínimo necessário para a dignidade do sujeito.

As mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas influenciaram diretamente para uma significativa modificação das estruturas sociais. A entrada da mulher no mercado de trabalho, os movimentos feministas e suas conquistas pelas liberdades sexuais, os métodos de inseminação artificial, e a igualdade de direitos promoveram grandes transformações nas relações interpessoais, que refletiram nas relações jurídicas.

A família foi palco das maiores mudanças em sua estrutura jurídica a partir da Carta Magna. O modelo patriarcal, patrimonialista, com fins de procriação começa a dar lugar a núcleos menores e diversificados. A família do século XX que somente era reconhecida na sua forma matrimonializada, tem sua estrutura redesenhada rompendo com padrões e valores morais pré-estabelecidos.

O art. 226 da Carta Magna, com a diretriz de que a família *é a base da sociedade e recebe proteção especial do Estado*, promoveu verdadeira transformação ao se tornar norma de inclusão admitindo uma pluralidade de relações familiares. Dessa forma, a família não mais é aquela unicamente constituída pelo casamento, mas o legislador reconhece sua origem natural admitindo outras formas de união e de estabelecimento de laços familiares, como a união estável e a família monoparental, por exemplo.

Ao romper com o modelo engessado, o novo sistema estabelece o critério da afetividade, em contraposição ao critério da obrigatoriedade na manutenção das relações familiares que ocorre, por exemplo, com a inclusão da possibilidade de dissolução do casamento. Assim, as famílias atuais, bem como as uniões, passam a ser construídas em parceria e comunhão de vida, com autonomia de seus integrantes e liberdade de escolha na administração do lar. A idéia de conjugalidade passa a receber um campo de incidência maior, do que a mera perspectiva de casal heterossexual matrimonializado.

Na verdade, desde os períodos mais antigos a afetividade sempre esteve presente na base das relações familiares, tendo sido afastada juridicamente durante parte do século XX pelo engessamento que a norma jurídica promoveu no comportamento social ao limitar o reconhecimento da família a um único modelo. No entanto, nos dias atuais o direito de família vem resgatando esse elemento que nunca deixou de existir, mas foi sufocado pela padronização de um comportamento.

Uma das principais características da nova ordem estabelecida é a primazia por uma sociedade livre de preconceitos. Essa quebra de padrões vai representar a inclusão e reconhecimento dos mais diversos vínculos de filiação, independente de sua origem, bem

como a igualdade de direitos entre os gêneros, protegendo a família na pessoa de cada ente. A dignidade de cada sujeito é o alicerce para a construção de uma sociedade baseada nos Princípios de Igualdade e Liberdade. Dessa forma, é unânime reconhecer que se operou, com o advento da Constituição de 1988, a maior transformação em direito de família

Nesse novo panorama social se enquadra a realidade fática das uniões homoafetivas, constituídas em comunhão de vida e afeto, mas desprovidas de proteção jurídica específica. Apenas em razão da igualdade do sexo do par se diferenciam as relações homossexuais dos relacionamentos heterossexuais. No entanto, a orientação sexual do sujeito tem sido causa para justificar a promoção de injustiça. Por se diferenciar de um padrão estabelecido moralmente, o homossexual tem sido privado da carta de direitos para proteção da sua união afetivo-sexual

A homossexualidade, além de constituir parte da identidade do sujeito, tem seu exercício protegido pela liberdade constitucional de livre orientação sexual. No plano das liberdades individuais e da proteção da dignidade da pessoa humana inclui-se a proteção da identidade sexual do sujeito que tem como uma de suas tantas expressões homossexualidade.

A tutela abrange tanto a forma quanto a substância do perfil sexual do alguém, ao estabelecer a igualdade formal entre os gêneros – homem/mulher, e ao proibir qualquer tipo de discriminação em razão do sexo, onde se inclui o exercício da sexualidade. Em consonância, protege ainda a dignidade da pessoa humana que tem como um de seus pontos a expressão sexual.

Durante muito tempo a imagem da homossexualidade esteve atrelada a idéia de prática ilícita, doença, ou perversão. No entanto, sabemos que tal construção representa apenas uma manobra de repressão por parte de certos grupos de controle social que se sentem ameaçados com o rompimento da estrutura hierárquica e histórica da família, não admitindo uma reorganização desses padrões moralistas.

A falsa idéia de que a sociedade contemporânea estaria ameaçada e que sua única forma de sobrevivência seria a manutenção de uma estrutura familiar convencional, atribui uma culpa aos homossexuais pela quebra de padrões, traduzindo-se em uma mensagem de ser inferior. Entretanto, esta é apenas uma forma de controle social daqueles resistentes às mudanças que tenta vincular a imagem do diferente à pessoa do transgressor.

A participação politicamente organizada dos homossexuais na vida pública promoveu outra visibilidade da minoria, quebrando a imagem de sujeito anormal e tirando-os da

escuridão que os encobria. Essa participação ativa na esfera pública representa também o questionamento dos direitos homossexuais exigindo do Estado uma igualdade de reconhecimento no tratamento das mais diversas questões que os envolvem.

No plano dos direitos humanos também se encontra a proteção da sexualidade, bem como a promoção de normas pela inclusão social, em nome da dignidade dos sujeitos que não devem ser alvo de quaisquer discriminações. Assim, a homossexualidade deve ser respeitada na esfera pública e na esfera privada, especialmente por ser parte da intimidade de cada um. Ao Estado não é dado o direito de invadir o íntimo das pessoas e determinar com quem e de que forma os relacionamentos devem ser estabelecidos.

Dentre as tantas reivindicações constantes da pauta do grupo gay encontra-se a luta pelo reconhecimento da cidadania de forma plena, que inclui o reconhecimento de seus relacionamentos e a tutela de direitos e obrigações conseqüentes destes. Igualdade formal não é suficiente, sendo necessária a promoção de normas materiais que possam consagrar direitos homoafetivos que ainda não são tutelados.

Na promoção de um Estado fraterno, livre de preconceitos e com base na isonomia, são indispensáveis mecanismos de inclusão social que se dá juridicamente através de cumprimentos dos preceitos constitucionais que tutelam a pluralidade social. A Constituição Federal, desde 1988, já estabeleceu uma regular igualdade de direitos e deveres que não podem ser suprimidos por razão de qualquer ordem. Assim, os homossexuais, bem como suas uniões afetivo-sexuais, são detentores de direitos, como já possuem no plano das obrigações.

O princípio da liberdade garante a pessoa a livre orientação e o livre exercício responsável da sexualidade, não podendo haver qualquer discriminação ou repressão, nos termos do art. 3º da Constituição Federal. A cidadania declarada como princípio fundamental, constante no art. 1º, da Constituição, deve ser entendida como de forma plena, alcançando todos os planos sociais de inclusão do sujeito.

Nesse sentido, no desenvolvimento de uma sociedade democrática de direito, preconceito e discriminação não devem existir, mas sim um ordenamento que reconheça e garanta a todos o direito de se desenvolverem de forma saudável, em todos os aspectos das relações sociais, o que inclui o direito à felicidade.

Destarte, mesmo que as formas previstas juridicamente de *casais* ainda estejam elaboradas na fórmula homem/mulher, como previsto no art. 226, §3º, quanto às uniões estáveis, por exemplo, isso não significa a exclusão da relação homoafetiva da tutela

constitucional de entidade familiar, já que se estabelecem de forma pública, contínua, afetiva e duradoura. Vimos que o conceito de família é plural e abrangente, admitindo as mais diversas organizações.

As relações homoafetivas em tudo se equiparam às relações heteroafetivas, a não ser na orientação sexual de cada um dos companheiros. Ser diferenciado por seguir uma orientação oposta à parcela da sociedade, não é justificativa cabível para que essas uniões sejam deixadas à margem do direito ou tenham suas situações afastadas da apreciação jurídico-social.

Enquanto durar a omissão e o silêncio do poder legislativo, em relação aos direitos homoafetivos, esse compromisso fica a cargo do judiciário que não pode se negar a solucionar o conflito quando ele aparece. Assim, direitos pessoais e patrimoniais provenientes das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo ficam a espera do poder judiciário que de forma inclusiva, em diversos pontos do país, vem reconhecendo o caráter de entidade familiar e atribuindo os efeitos jurídicos das relações de família, inclusive com recente posicionamento favorável do Superior Tribunal de Justiça.

Com base nos princípios e regras constitucionais, enquanto não existe regulamentação específica, as decisões e os posicionamentos doutrinários tem caminhado pelo reconhecimento e pela garantia de alguns direitos para esses casais, por entenderem que ali se formam tantas famílias quanto as constituídas por casais heterossexuais, nos termos do *caput* do art. 226, da Constituição Federal.

Na atual organização democrática de direito, não se admite mais, principalmente nos modernos princípios do direito de família, que a sociedade feche os olhos diante das realidades sociais, cometendo as injustiças que outrora foram cometidas em torno das famílias brasileiras, por puro preconceito. As relações homoafetivas constituem um fato social relevante, e como tal devem ser recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil as poucas iniciativas legislativas em regulamentar expressamente essas relações são mal vistas e tendem a não prosperar, a exemplo do primeiro projeto neste sentido, da ex-Deputada Marta Suplicy, com seu respectivo substituto, que passados mais de dez anos, encontra-se esquecido pelas forças públicas. Assim, as ações afirmativas são a única forma de promoção dos direitos homoafetivos.

O princípio da pluralidade das formas de família, existente na Constituição brasileira, garante a todo e qualquer cidadão a liberdade na escolha da convivência familiar. Não ter medo dos olhos preconceituosos e dar a cada um o direito que lhe assiste é fazer vencer a

ética sobre a moral. A homossexualidade não é doença ou qualquer tipo anormal de comportamento.

Ademais, quando duas pessoas se amam e estabelecem vínculos de afeto, amor, compreensão e de mútua assistência, estabelecem objetivos comuns, constroem uma vida plena juntos, nada mais justo do que lhes garantir todos os direitos pertinentes às relações pessoais e patrimoniais.

Fere o princípio da igualdade, passa por cima do princípio da não discriminação e despreza principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que anda ao lado da família, sujeitar qualquer formação familiar à hostilidade. Não se admite, desta forma, que os erros aplicados durante anos às famílias brasileiras continuem acontecendo.

Assim, uma vez que o art. 226, da Constituição Federal, trata-se de norma geral de inclusão, não existe razão que justifique a exclusão das relações homoafetivas como entidades familiares. A tutela constitucional deve recair por todas as formas de famílias, exemplificadas ou não no rol do art. 226. Não há o que se falar em restrição de direitos quando o ordenamento jurídico guia para a inclusão, com base em uma sociedade livre, justa e solidária.

Reconhecer o direito que os casais homoafetivos têm à felicidade é uma obrigação do Estado. Garantir o reconhecimento dessas uniões é reconhecer os princípios constitucionais e os objetivos a que se destina a sociedade brasileira. Assim, não há porque se limitar o conceito de família e excluir de sua apreciação as relações homoafetivas. Por tudo o que foi visto, elas constituem entidades familiares detentoras da tutela constitucional. Ainda que não exista norma expressamente regulamentando, não deixam de estar protegidas pela regra do art. 226, da Carta Magna em consonância com os Princípios Constitucionais.

O Direito de Família do século XXI entendeu que o amor e a afetividade são os principais elementos para a formação da família, e que tais elementos podem estar contidos nas mais variadas formas de família. E se a família é o berço da sociedade, para visarmos a uma sociedade mais justa e fraterna, temos que começar a estabelecer famílias mais justas e iguais. E em nada diferenciando umas das outras.

É neste sentido que entendemos que na perspectiva de uma sociedade democrática de direito, as uniões homoafetivas constituem entidades familiares, detentoras de proteção constitucional, como parte do direito fundamental da liberdade em constituir família.

BIBLIOGRAFIA

ARÁN, Márcia; CORRÊA, Marilena. Sexualidade e Política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual. IN: *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: 2004, p. 329-341.

ARISTÓTELES. *Política*. Cap. III e IV. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias Homossexuais*, aspectos jurídicos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORRILLO, Daniel. O indivíduo homossexual, o casal de mesmo sexo e as famílias homoparentais: análise da realidade jurídica francesa no contexto internacional. *Revista da Faculdade de Campos*. N. 7. Dezembro de 2005. p. 63-112.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Derecho y Homosexualismo em el derecho comparado*. IN: INSTITUTO INTERDISCIPLINAR DE DIREITO DE FAMÍLIA –IDEF (coord.). *Homossexualidade: discussões jurídicas e psicológicas*. Curitiba: Juruá, 2001.

CARRARA, Sérgio; SIMÕES, Júlio. Sexualidade, cultura e política: a trajetória da identidade homossexual masculina na antropologia brasileira. IN: MISKOLCI, Richrad (Org). *Cadernos Pagu – quereres*. Universidade Federal de Campinas: 2007, p. 65-99.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A Igualdade Desigual. *Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

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

_____. *Família Homoafetiva*. Direito Civil: Direito de Família. 7v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Conversando sobre Homoafetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DROPA, Romualdo Flávio. *Direitos Humanos no Brasil: exclusão dos homossexuais*. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaciodropa/direitoshumanoshomo.htm>. Acesso em 12 jan. 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direito a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. São Paulo: Centauru, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo*. IN: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Leituras Complementares de Direito Civil: direito das famílias*. Salvador: Jus Podium, 2010.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em Busca da Família do Novo Milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões Homoafetivas: efeitos jurídicos*. São Paulo; Método, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Historia da Sexualidade 3: o cuidado de si*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FLORES, Joaquín Herrera. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Catarata, 2005.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Demis. *A Cidade Antiga*. Tradução Heloisa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada a luz da lei nº 11.698/08*. São Paulo: atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania: O Novo CCB e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p.111.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Generalidade do Direito de Família: evolução histórica da família e formas atuais de constituição*. Direito Civil: Direito de Família. 7v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ (coord). *Direito de Família e Psicannálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além dos *numerus clausus**. IN: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania: O novo Código Civil Brasileiro e a *Vacatio Legis*. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MELLO, Luiz. Outras famílias: a construção social da conjugalidade homossexual no Brasil. IN: *Cadernos Pagu*. Universidade Federal de Campinas: janeiro-junho de 2005, p. 197-225.

_____. Familismo (anti) homossexual e regulação da cidadania no Brasil. IN: *Estudos Feministas. Florianópolis*: maio/agosto 2006, p. 497-508

MELLO, Marcos Bernardes de. *Sobre a classificação do fato jurídico na união estável*. IN: ALGUQUERQUE, Fabíola Santos (coord). *Famílias no Direito Contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2010.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay. IN: _____(Org). *Cadernos Pagu – querer*. Universidade Federal de Campinas: 2007, p. 101-128.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. v 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Uma principiologia para o direito de família*. IN: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt (ORG). *Leituras complementares de direito civil: direito de família*. Salvador: Editora Jus Podium, 2010.

_____. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Direito de Família: a sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____(coord). *Família e Solidariedade: teoria e prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

Preconceito e agressão contra gays. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/abril/preconceito-e-agressao-contra-gays/>. Acesso em 10 jan. 2009.

RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.32.

_____. *Em defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2007, p. 24.

_____. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Para um direito democrático da sexualidade. IN: *Horizontes Antropológicos*. Ano 12. n. 26. Porto Alegre; julho/dezembro 2006, p.71-100.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. v 6. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Famílias simultâneas e redes familiares*. IN: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coord.). *Leituras Complementares de Direito Civil: direito das famílias*. Salvador: Jus Podium, 2010.

VIEIRA, Luciana Leila Fontes. As múltiplas faces da homossexualidade na obra freudiana. IN: *Revista Mal-estar e Subjetividade*. 4 v. n. 2. Fortaleza: jun/2009, p.487-525.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.22, 6v.

Violência contra homossexuais no Brasil. Disponível em <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2006/06/356848.shtml>. Acesso em 10 jan. 2009.

ANEXOS

Anexo 1

Câmara dos Deputados Projeto de Lei nº 1.151, de 1995 Da Deputada Marta Suplicy (PT-SP)

Disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua união civil, visando a proteção dos direitos à propriedade.

Art. 2º. A união civil entre pessoas do mesmo sexo constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registros Civil de Pessoas Naturais.

§ 1º. Os interessados e interessadas comparecerão perante os oficiais de Registro Civil exibindo:

I - prova de serem solteiros ou solteiras, viúvos ou viúvas, divorciados ou divorciadas;

II - prova de capacidade civil plena;

III - instrumento público de contrato de união civil.

§ 2º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de união civil.

Art. 3º. O contrato de união civil será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado. Deverá versar sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

Parágrafo único. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para a formação de patrimônio comum.

Art. 4º. A extinção da união civil ocorrerá:

- I - pela morte de um dos contratantes;
- II - mediante decretação judicial;

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da união civil:

- I - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;
- II - alegando o desinteresse na sua continuidade;

§ 1º. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção da união civil.

§ 2º. O pedido judicial de extinção da união civil, de que tratam o inciso II e o parágrafo 1º. deste arquivo, só será admitido após decorridos 2(dois) anos de sua constituição.

Art. 6º. A sentença que extinguir a união civil conterá a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no instrumento público.

Art. 7º. O registro de constituição ou extinção da união civil será averbado nos assentos de nascimento e casamento das partes.

Art. 8º. É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato de união civil a que se refere esta Lei com mais de uma pessoa, ou infringir o parágrafo 2º do artigo 2º.

Pena - detenção de 6(seis) meses a 2(dois) anos.

Art. 9º. Alteram-se os artigos da Lei Nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

"Art.29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais (...)

IX - os contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo.

§1º. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar e extinção da união civil entre pessoas do mesmo sexo."

"Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros, todos com trezentas folhas cada um:

(...)

III - B - Auxiliar - de registro de casamento religioso para efeitos civis e contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo."

"Art. 167. No registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

(...)

35 - dos contratos de união civil entre pessoas do mesmo sexo que versarem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de união civil entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro."

Art. 10. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de união civil com pessoa do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 11. Os artigos 16 e 17 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 passam a vigorar com a seguinte redação.

“Art. 16.(...)”

§ 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém, com o segurado ou com a segurada a união estável de acordo com o Parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.”

“Art. 17.(...)”

§ 2º. O cancelamento da inscrição do cônjuge e do companheiro ou companheira do mesmo sexo se processa em face de separação judicial ou divórcio sem direito a alimentos, certidão de anulação de casamento, certidão de óbito ou sentença judicial, transitada em julgado.”

Art. 12. Os artigos 217 e 241 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 passam a vigorar com a seguinte redação.

“Art. 217.(...)”

c) A companheira ou companheiro designado que comprove união estável com entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.

(...)”

“Art. 241.(...)”

Parágrafo único. Equipara-se ao cônjuge a companheira ou companheiro, que comprove união estável como entidade familiar, ou união civil com pessoa do mesmo sexo, nos termos da lei.”

Art. 13. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham união civil com pessoas do mesmo sexo.

Art. 14. São garantidos aos contratantes de união civil entre pessoas de mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão regulados pela lei nº 8.971, de 28 de Dezembro de 1994.

Art. 15. Em havendo perda de capacidade civil de qualquer um dos contratantes de união civil entre pessoas do mesmo sexo, terá a outra parte a preferência para exercer a curatela.

Art. 16. O inciso I do art. 113 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 passa a vigorar com a seguinte redação :

“Art. 113. (...)”

I - ter filho, cônjuge, companheira de união civil entre pessoas do mesmo sexo, brasileiro ou brasileira.”

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário.

Anexo 2

Câmara dos Deputados Substitutivo oferecido pelo relator (Deputado Roberto Jefferson) e adotado pela Comissão Projeto de Lei N.º 1.151, De 1995

Disciplina a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências.

O Congresso Nacional Decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas do mesmo sexo o reconhecimento de sua parceria civil registrada, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º. A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

§ 1º. Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, apresentando os seguintes documentos:

- I - declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;
- II - prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;
- III - instrumento público do contrato de parceria civil.

§ 2º. Após a lavratura do contrato a parceria civil deve ser registrada em livro próprio no Registro Civil de Pessoas Naturais

§ 3º. O estado civil dos contratantes não poderá ser alterado na vigência do contrato de parceria civil registrada.

Art. 3º. O contrato de parceria registrada será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º. Somente por disposição expressa no contrato, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2º. São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos parceiros.

Art. 4º. A extinção da parceria registrada ocorrerá:

I - pela morte de um dos contratantes;

II - mediante decretação judicial;

III - de forma consensual, homologada pelo juiz.

Art. 5º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada: I. - demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido; II. - alegando o desinteresse na sua continuidade.

Parágrafo único. As partes poderão requerer consensualmente a homologação judicial da extinção de sua parceria registrada.

Art. 6º. A sentença que extinguir a parceria registrada conterà a partilha dos bens dos interessados, de acordo com o disposto no contrato.

Art. 7º. É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito com mais de uma pessoa ou quando houver infração ao § 2º do artigo 2º desta Lei. Parágrafo único. Ocorrendo a infração mencionada no caput, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do artigo 299º do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 8º. Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais

(...)

IX - os contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.

§ 1º. Serão averbados:

(...)

g) a sentença que declarar a extinção da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.”

“Art. 33. Haverá em cada cartório, os seguintes livros:

(...)

VII - E - de registro de contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo.”

“Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro: (...)

35 - dos contratos de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do contrato.

II - a averbação:

(...)

14 - das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.”

Art. 9º. O bem imóvel próprio e comum dos contratantes de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo é impenhorável, nos termos e condições regulados pela lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 10. Registrado o contrato de parceria civil de que trata esta Lei, o parceiro será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do contrato de parceria implica o cancelamento da inscrição a que se refere o caput deste artigo.

Art. 11. O parceiro que comprove a parceria civil registrada será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, I, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo.

Art. 13. São garantidos aos contratantes de parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I - o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do de cujus, se houver filhos desde;

II - o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do de cujus, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV - se os bens deixados pelo autor da herança resultar de atividade em que haja a colaboração do parceiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 14. O art. 454 da Lei 3071, de 1º de janeiro de 1916, passa a vigorar acrescido de § 3º, com a redação que se segue, passando o atual § 3º a § 4º:

“Art.454. (...) §1º (...) § 2º (...) § 3º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará a curatela”.

Art. 15. O art. 113 da Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 113.

(...) VI - ter contrato de parceria civil registrada com pessoa de nacionalidade brasileira.”

Art. 16. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição da casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 17. Será admitida aos parceiros a inscrição como dependentes para efeitos de legislação tributária.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 19. Revogam-se as disposições em contrário.

Sala da Comissão, em 10 de dezembro de 1996.

Anexo 3

Projeto de Lei nº 5.252, de 2001, do Deputado Roberto Jefferson

Cria e disciplina o Pacto de Solidariedade entre as pessoas e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. É assegurado a duas pessoas o estabelecimento do pacto de solidariedade, visando à proteção dos direitos à propriedade, à sucessão e aos demais regulados nesta Lei.

Art. 2º. O pacto de solidariedade constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais.

§ 1º Os interessados comparecerão perante os Oficiais de Registro Civil, exibindo:

I – prova de serem solteiros, viúvos, separados ou divorciados;

II – prova de capacidade civil;

III – instrumento público de pacto de solidariedade.

§ 2º O estado civil dos pactuantes não poderá ser alterado na vigência do pacto de solidariedade, sendo nula de pleno direito qualquer alteração.

Art. 3º. O pacto de solidariedade será lavrado em Ofício de Notas, sendo livremente pactuado e versando sobre disposições patrimoniais, deveres, impedimentos e obrigações mútuas.

§ 1º Somente por disposição expressa no pacto de solidariedade, as regras nele estabelecidas também serão aplicadas retroativamente, caso tenha havido concorrência para formação de patrimônio comum.

§ 2º São vedadas quaisquer disposições sobre adoção, tutela ou guarda de crianças ou adolescentes em conjunto, mesmo que sejam filhos de um dos pactuantes.

Art. 4º. A extinção do pacto de solidariedade ocorrerá:

I – pela morte de um dos pactuantes;

II – pela nulidade absoluta do pacto de solidariedade;

III – por decisão consensual dos pactuantes;

IV – mediante decretação judicial.

Art. 5º. A morte de um dos pactuantes gera ao que sobreviver os direitos sucessórios e previdenciários reservados nos termos do instrumento público do pacto de solidariedade.

Parágrafo único. A sucessão patrimonial e o usufruto previstos na presente lei dar-se-ão através de processo de inventário e partilha, obedecendo à legislação processual vigente.

Art. 6º. Observar-se a nulidade absoluta de pleno direito do pacto de solidariedade quando inexistam as condições pessoais que habilitem qualquer dos pactuantes ao seu estabelecimento.

§ 1º Por ser de interesse público, a nulidade absoluta de pleno direito pode se argüida por qualquer pessoa a qualquer tempo, através de ação declaratória.

§ 2º A sentença declaratória da nulidade do pacto de solidariedade extingue retroativamente qualquer efeito produzido pelo pacto de solidariedade.

§ 3º Ocorrendo a infração mencionada no *caput* do presente artigo, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 229 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 7º. Podem as partes de comum acordo requerer a homologação judicial da extinção do pacto de solidariedade.

§ 1º A petição de extinção do pacto de solidariedade deverá conter inventário de bens comuns aos pactuantes, bem como a sua partilha.

§ 2º Apresentada a petição ao juiz, este verificará se esta preenche os requisitos legais e, em audiência própria, mandará reduzir a termo as declarações dos pactuantes, homologando a extinção do pacto depois de ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 3º Caso não haja consenso sobre a partilha dos bens, decidirá o juiz sobre a divisão dos mesmos.

Art. 8º. Qualquer das partes poderá requerer a extinção do pacto de solidariedade:

I – demonstrando a infração pactual em que se fundamenta o pedido;

II – alegando o desinteresse na sua continuidade.

§ 1º A petição requerendo a extinção do pacto será recebida pelo juiz que abrirá prazo de 5 (cinco) dias para contestação do outro pactuante, e posterior manifestação do Ministério Público em igual prazo. Reduzidas a termo as declarações das partes em audiência própria, decidirá o juiz sobre a extinção ou não do Pacto de Solidariedade.

§ 2º No caso de extinção litigiosa do Pacto de Solidariedade, obedecer-se-ão as regras de partilha previstas no artigo precedente.

Art. 9º. Homologada a extinção do pacto, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, na circunscrição em que se acham registrados.

Art. 10. Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 e inclua-se o Capítulo XV no Título 11 com seus respectivos artigos, renumerando-se os demais constantes da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que passam a vigorar com as seguintes declarações:

“Art. 29. Serão registrados no registro civil de pessoas naturais:

(...)

IX – os pactos de solidariedade entre as pessoas.

§ 1º Serão averbados...

g) a sentença que declarar a extinção do pacto de solidariedade entre as pessoas”.

“Art. 33. Haverá, em cada cartório, os seguintes livros, todos com 300 (trezentas) folhas cada um.

Parágrafo único. No cartório do 1º Ofício ou da subdivisão judiciária, em cada comarca, haverá outro livro para inscrição dos demais atos relativos ao estado civil, bem como os Pactos de Solidariedade entre as pessoas, designado sob a letra ‘E’, com 150 (cento e cinquenta) folhas, podendo o juiz competente, nas comarcas de grande movimento, autorizar o seu desdobramento, pela natureza dos atos que nele devam ser registrados, em livros especiais.”

“Capítulo XV

Do Pacto de Solidariedade entre as Pessoas

Art. 114. Do pacto de solidariedade será lavrado assento, assinado pelo presidente do ato, os pactuantes, as testemunhas e o oficial, sendo exarados:

1º) os nomes, prenomes, nacionalidade, estado civil, data e lugar do nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos pactuantes;

2º) os nomes, prenomes, nacionalidade, data de nascimento e/ou de morte, domicílio e residência atual dos pais dos pactuantes;

3º) relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;

4º) os nomes, prenomes, nacionalidade, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas, que serão, pelo menos, duas, a exceção dos casos em que a lei dispor de caso diverso;

5º) os nomes e as idades dos filhos havidos e legitimados;

6º) a margem do termo, a impressão digital do pactuante que não souber assinar o nome.’

‘Art. 115. Havendo iminente risco de vida de algum dos pactuantes, e não sendo possível a presença da autoridade competente para presidir o ato, o pacto de solidariedade poderá se realizar na presença de seis testemunhas, que comparecerão, dentro de 5 (cinco) dias, perante a autoridade judiciária mais próxima, a fim de que sejam reduzidos a termo suas declarações.

§ 1º Não comparecendo as testemunhas, espontaneamente, poderá qualquer interessado requerer sua intimação.

§ 2º Autuadas as declarações e encaminhadas à autoridade judiciária competente, se outra for a que as tomou por termo, será ouvido o órgão do Ministério Público e se realizarão as diligências necessárias para verificar a inexistência de impedimento para efetivação do pacto de solidariedade.

§ 3º Ouvidos dentro de 5 (cinco) dias os interessados que o requerem e o órgão do Ministério Público, o juiz decidirá em igual prazo.

§ 4º Da decisão caberá apelação com ambos os efeitos.

§ 5º Transitada em julgado a sentença, o juiz mandará registrá-la no livro ‘E’.

(...)

‘Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I – o registro: (...)

35 – dos pactos de solidariedade entre as pessoas que versem sobre comunicação patrimonial, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer das partes, inclusive os adquiridos posteriormente à celebração do pacto.

II – a averbação: (...)

14 – das sentenças de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação do casamento e de extinção do pacto de solidariedade entre as pessoas, quando nas respectivas partilhas existirem imóveis ou direitos reais sujeitos a registro.’ ”

Art. 11. O bem imóvel próprio e comum dos pactuantes do pacto de solidariedade é impenhorável, nos termos e condições regulados pela Lei 8.009, de 29 de março de 1990.

Art. 12. Registrado o pacto de solidariedade de que trata esta Lei, o pactuante será considerado beneficiário do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependente do segurado.

Parágrafo único. A extinção do pacto de solidariedade implica o cancelamento da inscrição a que se refere o *caput* deste artigo.

Art. 13. O pactuante será considerado beneficiário da pensão prevista no art. 217, 1, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 14. No âmbito da Administração Pública, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal disciplinarão, através de legislação própria, os benefícios previdenciários de seus servidores que mantenham um pacto de solidariedade.

Art. 15. São garantidos aos pactuantes do pacto de solidariedade, desde a data de sua constituição, os direitos à sucessão, nas seguintes condições:

I – o pactuante sobrevivente terá direito, desde que não firme novo pacto de solidariedade, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste;

II – o pactuante terá direito, enquanto não firmar novo pacto de solidariedade, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e ascendentes, o pactuante sobrevivente terá direito à totalidade da herança;

IV – se os bens deixados pelo autor da herança resultarem de atividade em que haja a colaboração do pactuante, terá o sobrevivente direito a metade dos bens.

Art. 16. Em havendo perda da capacidade civil de qualquer um dos pactuantes do pacto de solidariedade, terá a outra parte preferência para exercer a curatela.

Art. 17. O art. 113 da Lei 6.815, de agosto de 1980, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 113. (...) VI – ter firmado o pacto de solidariedade com pessoa de nacionalidade brasileira”.

Art. 18. É reconhecido aos parceiros o direito de composição de rendas para aquisição de casa própria e todos os direitos relativos a planos de saúde e seguro de grupo.

Art. 19. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Anexo 4

Projeto de Lei Nº 2.285/2007 (Do Dep. Sérgio Barradas Carneiro) Estatuto das Famílias

TÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Este Estatuto regula os direitos e deveres no âmbito das entidades familiares.

Art. 2º O direito à família é direito fundamental de todos.

Art. 3º É protegida como família toda comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar, em qualquer de suas modalidades.

Art. 4º Os componentes da entidade familiar devem ser respeitados em sua integral dignidade pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Art. 5º Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

Art. 6º São indisponíveis os direitos das crianças, dos adolescentes e dos incapazes, bem como os direitos referentes ao estado e capacidade das pessoas.

Art. 7º É dever da sociedade e do Estado promover o respeito à diversidade de orientação sexual.

Art. 8º A lei do país em que tiver domicílio a entidade familiar determina as regras dos direitos das famílias.

Parágrafo único. Não se aplica a lei estrangeira se esta contrariar os princípios fundamentais do direito brasileiro das famílias.

Art. 9º Os direitos e garantias expressos nesta lei não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição, nos tratados e convenções internacionais.

TÍTULO II DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

Art. 10. O parentesco resulta da consangüinidade, da socioafetividade ou da afinidade.

Art. 11. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 12. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 13. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 14. Cada cônjuge ou convivente é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou convivente.

§ 2º A afinidade se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, exceto para fins de impedimento à formação de entidade familiar.

TÍTULO III DAS ENTIDADES FAMILIARES

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES COMUNS

Art. 15. É dever da entidade familiar assegurar à criança, ao adolescente e ao idoso que a integrem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 16. As pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família.

Art. 17. Qualquer pessoa integrante da entidade familiar tem legitimidade para defendê-la em juízo ou fora dele.

Art. 18. A gestão dos interesses comuns da entidade familiar incumbe aos integrantes civilmente capazes, de comum acordo, tendo sempre em conta o interesse de todos os que a compõem.

Art. 19. A escolha do domicílio da entidade familiar é decisão conjunta das pessoas que a integram, observados os interesses de todo o grupamento familiar.

Parágrafo único. Admite-se a pluralidade domiciliar para as entidades familiares.

Art. 20. O planejamento familiar é de livre decisão da entidade familiar, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

CAPÍTULO II DO CASAMENTO

Art. 21. O casamento é civil e produz efeitos a partir do momento em que os nubentes manifestam a vontade de estabelecer o vínculo conjugal e a autoridade os declara casados.

Art. 22. O casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil e produz efeitos a partir da data de sua celebração.

Parágrafo único. O casamento religioso, para ter validade e equiparar-se ao casamento civil, precisa ser levado a registro no prazo de noventa dias de sua celebração.

SEÇÃO I DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

Art. 23. Para o casamento das pessoas relativamente incapazes é necessária autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais.

§ 1º Havendo divergência entre os pais é assegurado a qualquer deles recorrer a juízo.

§ 2º Até a celebração do casamento os pais ou representantes legais podem revogar justificadamente a autorização.

§ 3º A denegação da autorização, quando injusta, pode ser suprida judicialmente.

SEÇÃO II DOS IMPEDIMENTOS

Art. 24. Não podem casar:

I - os absolutamente incapazes;

II - os parentes na linha reta sem limitação de grau;

III - os parentes na linha colateral até o terceiro grau, inclusive;

IV - os parentes por afinidade em linha reta;

V - as pessoas casadas.

Art. 25. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa.

Parágrafo único. Se o celebrante, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

SEÇÃO III DAS PROVAS DO CASAMENTO

Art. 26. O casamento prova-se pela certidão do registro civil.

§ 1º Justificada a falta ou perda do registro, é admissível qualquer outra prova.

§ 2º O registro é levado a efeito no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no cartório da cidade em que passarem a residir.

§ 3º Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julga-se pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, vivem ou viveram na posse do estado de casados.

Art. 27. Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, o registro da sentença no cartório do registro civil produz efeitos desde a data do casamento.

SEÇÃO IV

DA VALIDADE DO CASAMENTO

Art. 28. É nulo o casamento contraído:

I - pela pessoa absolutamente incapaz;

II - com infringência aos impedimentos legais;

III - por procurador, se revogada a procuração antes da celebração do casamento.

Art. 29. A ação de nulidade do casamento pode ser promovida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

Art. 30. É anulável o casamento:

I - dos relativamente incapazes;

II - por erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, anterior ao casamento;

III - em virtude de coação;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, no momento da celebração;

V - por incompetência da autoridade celebrante, salvo se tiver havido registro do casamento.

Art. 31. O casamento do relativamente incapaz, quando não autorizado por seu representante legal, pode ser anulado em até cento e oitenta dias:

I - pelo menor, após adquirir maioridade;

II - por seus representantes legais a partir da celebração do casamento.

Art. 32. Não se anula o casamento quando os representantes legais do incapaz assistiram a celebração ou, por qualquer modo, manifestaram sua aprovação.

Art. 33. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a contar da data da celebração.

Art. 34. Embora anulável ou mesmo nulo, o casamento em relação aos cônjuges e a terceiros produz todos os efeitos até o trânsito em julgado da sentença.

Parágrafo único. A nulidade ou anulação do casamento dos pais não produz efeitos em relação aos filhos.

SEÇÃO V

DOS EFEITOS DO CASAMENTO

Art. 35. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 36. As relações pessoais entre os cônjuges devem obedecer aos deveres de lealdade, respeito e assistência, tendo ambos responsabilidade pela guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 37. A direção da sociedade conjugal é exercida, pelos cônjuges, em colaboração, sempre no interesse da família e dos filhos.

§ 1º Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do seu trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime de bens.

§ 2º Se qualquer dos cônjuges estiver impedido ou inabilitado, o outro exerce com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens.

SEÇÃO VI

DOS REGIMES DE BENS

SUBSEÇÃO I

DISPOSIÇÕES COMUNS

Art. 38. Podem os nubentes estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º Os nubentes, mediante declaração ao oficial de registro civil, podem escolher qualquer dos regimes de bens estabelecidos neste Estatuto.

§ 2º Não havendo declaração, vigora o regime da comunhão parcial de bens.

§ 3º Mediante escritura pública os nubentes podem estipular regime de bens não previsto neste Estatuto, desde que não contrarie suas regras e princípios.

§ 4º O regime de bens começa a produzir efeitos na data do casamento e cessa com o fim da comunhão de vida.

§ 5º Com a separação de fato cessa a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com as dívidas que vierem a ser contraídas pelo outro.

Art. 39. É admissível a alteração do regime de bens, mediante escritura pública, promovida por ambos os cônjuges, assistidos por advogado ou defensor público ressalvados os direitos de terceiros.

§ 1º A alteração não dispõe de efeito retroativo.

§ 2º A alteração produz efeito a partir da averbação no assento de casamento.

Art. 40. Independentemente do regime de bens, qualquer dos cônjuges pode livremente:

I - administrar e alienar os bens particulares, exceto os bens móveis que guarnecem a residência da família;

II - praticar os atos de disposição e administração necessários ao desempenho de sua profissão;

III - reivindicar os bens comuns, doados, gravados ou transferidos pelo outro cônjuge sem o seu consentimento;

IV - demandar a resolução dos contratos de fiança e doação, realizados pelo outro cônjuge.

§ 1º As ações fundadas nos incisos III e IV competem ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros.

§ 2º O terceiro prejudicado tem direito regressivo contra o cônjuge que realizou o negócio jurídico, ou contra os seus herdeiros.

Art. 41. Pode o cônjuge, independentemente da autorização do outro:

I - comprar, ainda que a crédito, o necessário à manutenção da família;

II - obter, por empréstimo, as quantias que tais aquisições possam exigir.

Parágrafo único. As dívidas contraídas para os fins deste artigo obrigam solidariamente ambos os cônjuges.

Art. 42. Nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação:

I - vender, doar, permutar, dar em pagamento, ceder ou gravar de ônus real os bens comuns;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança.

Parágrafo único. Cabe o suprimento judicial do consentimento quando um dos cônjuges o denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-lo.

Art. 43. A anulação dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, pode ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros, até um ano da homologação da partilha.

Art. 44. Quando um dos cônjuges não puder exercer a gestão dos bens que lhe incumbe, cabe ao outro:

I - gerir os bens, comuns ou não;

II - alienar os bens móveis comuns;

III - alienar os imóveis e os bens móveis, comuns ou não, mediante autorização judicial.

SUBSEÇÃO II

DO REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL

Art. 45. No regime de comunhão parcial, comunicam-se:

I - os bens adquiridos na constância do casamento, inclusive as economias derivadas de salários, indenizações, verbas trabalhistas rescisórias e rendimentos de um só dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa;

III - os bens recebidos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as pertenças e as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes quando cessada a vida em comum.

Art. 46. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges ou em subrogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento, salvo se reverterem em proveito comum;

IV - as obrigações provenientes de ato ilícito, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens cuja aquisição tiver por título causa anterior ao casamento;

VI - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão.

§ 1º Os instrumentos de profissão incluem-se na comunhão quando houver a participação do outro na sua aquisição.

§ 2º Presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não provado que o foram em data anterior.

Art. 47. A gestão do patrimônio comum compete a ambos os cônjuges.

§ 1º É necessária a anuência de ambos os cônjuges para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

§ 2º Em caso de malversação dos bens comuns, ou de outra hipótese similar, pode ser atribuída a gestão a apenas um dos cônjuges ou antecipada a partilha.

Art. 48. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas por qualquer dos cônjuges para atender aos encargos da família, às despesas de gestão e às decorrentes de imposição legal.

Art. 49. A gestão dos bens constitutivos do patrimônio particular compete ao cônjuge proprietário, salvo estipulação diversa.

Art. 50. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração e em benefício de seus bens particulares, não obrigam os bens comuns.

Parágrafo único. As dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges obrigam os bens do outro na razão do proveito que houver auferido.

SUBSEÇÃO III

DO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL

Art. 51. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e de suas dívidas.

Art. 52. São excluídos da comunhão:

I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se reverterem em proveito comum;

III - as obrigações provenientes de ato ilícito;

IV - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão.

§ 1º Os instrumentos de profissão entram na comunhão se foram adquiridos com esforço do

outro cônjuge.

§ 2º A incomunicabilidade não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

SUBSEÇÃO IV

DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS

Art. 53. O regime da separação de bens importa incomunicabilidade completa dos bens adquiridos antes e durante o casamento.

Parágrafo único. Os bens ficam na administração exclusiva do respectivo cônjuge, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

SEÇÃO VII

DO DIVÓRCIO E DA SEPARAÇÃO

SUBSEÇÃO I

DO DIVÓRCIO

Art. 54. O divórcio dissolve o casamento civil.

§ 1º O divórcio direto se dá após a separação de fato por mais de dois anos.

§ 2º A separação de fato se configura quando cessa a convivência entre os cônjuges, ainda que residindo sob o mesmo teto.

Art. 55. O divórcio pode ser litigioso ou consensual.

Parágrafo único. O divórcio consensual pode ser judicial ou extrajudicial.

Art. 56. A separação de fato põe termo aos deveres conjugais e ao regime de bens.

SUBSEÇÃO II

DA SEPARAÇÃO

Art. 57. É facultado aos cônjuges pôr fim à sociedade conjugal, mediante separação judicial ou extrajudicial.

§ 1º A iniciativa da separação pode ser de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2º A separação de corpos pode ser deferida pelo juiz antes ou no curso do processo.

§ 3º A separação de corpos põe termo aos deveres conjugais e ao regime de bens.

Art. 58. Após um ano da separação de corpos ou da separação judicial ou extrajudicial, o divórcio pode ser requerido por um ou por ambos os cônjuges.

SUBSEÇÃO III

DISPOSIÇÕES COMUNS AO DIVÓRCIO E À SEPARAÇÃO

Art. 59. No divórcio e na separação são necessários:

I - definir a guarda e a convivência com os filhos menores ou incapazes;

II - dispor acerca dos alimentos;

III - deliberar sobre a manutenção ou alteração do nome adotado no casamento; e

IV - descrever e partilhar os bens.

Parágrafo único. A partilha de bens pode ser levada a efeito posteriormente.

Art. 60. O divórcio e a separação não modificam os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Art. 61. O pedido de divórcio ou de separação compete exclusivamente aos cônjuges.

Parágrafo único. Quando um dos cônjuges estiver acometido de doença mental ou transtorno psíquico, somente é possível o divórcio ou a separação judicial, devendo o incapaz ser representado por curador, ascendente ou irmão.

Art. 62. O divórcio e a separação consensuais podem ser realizados por escritura pública, com a assistência de advogado ou defensor público:

I - não tendo o casal filhos menores ou incapazes; ou

II - quando as questões relativas aos filhos menores ou incapazes já se encontrarem judicialmente definidas.

CAPÍTULO III DA UNIÃO ESTÁVEL

Art. 63. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Parágrafo único. A união estável constitui estado civil de convivente, independentemente de registro, e deve ser declarado em todos os atos da vida civil.

Art. 64. A união estável não se constitui:

I - entre parentes na linha reta, sem limitação de grau;

II - entre parentes na linha colateral até o terceiro grau, inclusive;

III - entre parentes por afinidade em linha reta.

Parágrafo único. A união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens.

Art. 65. As relações pessoais entre os conviventes obedecem aos deveres de lealdade, respeito e assistência recíproca, bem como o de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 66. Na união estável, os conviventes podem estabelecer o regime jurídico patrimonial mediante contrato escrito.

§ 1º Na falta de contrato escrito aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

§ 2º A escolha do regime de bens não tem efeito retroativo.

Art. 67. A união estável pode converter-se em casamento, mediante pedido formulado pelo casal ao oficial de registro civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração.

Parágrafo único. Os efeitos da conversão se produzem a partir da data do registro do casamento.

CAPÍTULO IV DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança.

CAPÍTULO V

DA FAMÍLIA PARENTAL

Art. 69. As famílias parentais se constituem entre pessoas com relação de parentesco entre si e decorrem da comunhão de vida instituída com a finalidade de convivência familiar.

§ 1º Família monoparental é a entidade formada por um ascendente e seus descendentes, qualquer que seja a natureza da filiação ou do parentesco.

§ 2º Família pluriparental é a constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais.

TÍTULO IV DA FILIAÇÃO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 70. Os filhos, independentemente de sua origem, têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações e práticas discriminatórias.

Art. 71. A filiação prova-se pelo registro de nascimento.

§ 1º Os pais devem registrar os filhos no prazo de trinta dias do nascimento.

§ 2º Também se prova a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando houver posse de estado de filho.

Art. 72. Os filhos não registrados podem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente.

§ 1º O reconhecimento dos filhos é feito:

I - por documento particular ou escritura pública;

II - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

III - por manifestação direta e expressa perante o juiz, mesmo que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

§ 2º O ato de reconhecimento deve ser levado ao registro de nascimento.

§ 3º O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

§ 4º O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

§ 5º São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento.

Art. 73. Presumem-se filhos:

I - os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção;

II - os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor;

III - os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre e informado do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento.

Art. 74. O filho registrado ou reconhecido pode impugnar a paternidade, desde que não caracterizada a posse do estado de filho em relação àquele que o registrou ou o reconheceu.

Parágrafo único. O filho maior não pode ser registrado ou reconhecido voluntariamente sem o seu consentimento.

Art. 75. O filho não registrado ou não reconhecido pode, a qualquer tempo, investigar a paternidade ou a maternidade, biológica ou socioafetiva.

Parágrafo único. A sentença que julgar procedente a investigação produz os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário.

Art. 76. Cabe ao marido, ao convivente ou à mulher o direito de impugnar a paternidade ou a maternidade que lhe for atribuída no registro civil.

§ 1º Impugnada a filiação, se sobrevier a morte do autor, os herdeiros podem prosseguir na ação.

§ 2º Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade:

I - em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude;

II - caso fique caracterizada a posse do estado de filho.

Art. 77. É admissível a qualquer pessoa, cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetiva, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga, o conhecimento de seu vínculo genético sem gerar relação de parentesco.

Parágrafo único. O ascendente genético pode responder por subsídios necessários à manutenção do descendente, salvo em caso de inseminação artificial heteróloga.

CAPÍTULO II DA ADOÇÃO

Art. 78. A adoção deve atender sempre ao melhor interesse do adotado e é irrevogável.

Parágrafo único. A adoção de crianças e adolescentes é regida por lei especial, observadas as regras e princípios deste Estatuto.

Art. 79. A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento e a união estável.

Parágrafo único. Mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge, companheiro ou parceiro do adotante e respectivos parentes.

Art. 80. Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

Art. 81. Tratando-se de grupo de irmãos devem prioritariamente ser adotados por uma mesma família, preservados os vínculos fraternos.

Parágrafo único. Somente é admitido o desmembramento mediante parecer técnico indicativo da inexistência de laços afetivos entre os irmãos, ou se a medida atender aos seus interesses.

Art. 82. A morte dos adotantes não restabelece o parentesco anterior.

Art. 83. O adotado pode optar pela substituição ou adição do sobrenome do adotante.

Art. 84. As relações de parentesco se estabelecem entre o adotado e o adotante e entre os parentes deste.

Art. 85. A adoção obedece a processo judicial.

§ 1º A adoção pode ser motivadamente impugnada pelos pais.

§ 2º É indispensável a concordância do adotando.

Art. 86. Os efeitos da adoção começam a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

CAPÍTULO III DA AUTORIDADE PARENTAL

Art. 87. A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos.

§ 1º Compete a autoridade parental aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro a exerce com exclusividade.

§ 2º O filho tem o direito de ser ouvido, nos limites de seu discernimento e na medida de seu processo educacional.

§ 3º Aos pais incumbe o dever de assistência moral e material, guarda, educação e formação dos filhos menores.

Art. 88. A dissolução da entidade familiar não altera as relações entre pais e filhos.

Art. 89. Compete aos pais:

I - representar os filhos até dezesseis anos e assisti-los, após essa idade, até atingirem a maioridade;

II - nomear-lhes tutor por testamento ou documento particular.

Art. 90. Extingue-se a autoridade parental:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial.

Art. 91. Constituindo os pais nova entidade familiar os direitos e deveres decorrentes da autoridade parental são exercidos com a colaboração do novo cônjuge ou convivente ou parceiro.

Parágrafo único. Cada cônjuge, convivente ou parceiro deve colaborar de modo apropriado no exercício da autoridade parental, em relação aos filhos do outro, e de o representar quando as circunstâncias exigirem.

Art. 92. Os pais, no exercício da autoridade parental, são gestores dos bens dos filhos.

Parágrafo único. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização judicial.

Art. 93. Sempre que no exercício da autoridade parental colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz deve nomear-lhe curador especial.

Art. 94. Perde por ato judicial a autoridade parental aquele que não a exercer no melhor interesse do filho, em casos como assédio ou abuso sexual, violência física e abandono material, moral ou afetivo.

§ 1º A perda da autoridade parental não implica a cessação da obrigação alimentar dos pais e nem afeta os direitos sucessórios do filho.

§ 2º Os pais que perdem a autoridade parental também perdem os direitos sucessórios em relação ao filho.

Art. 95. É possível, no melhor interesse do filho, o restabelecimento da autoridade parental por meio de decisão judicial.

CAPÍTULO IV

DA GUARDA DOS FILHOS E DO DIREITO À CONVIVÊNCIA

Art. 96. A guarda dos filhos e o direito à convivência devem ser definidos nos casos de:

I - separação dos pais;

II - divórcio;

III - invalidade do casamento;

IV - dissolução da união estável e da união homoafetiva;

V - de os pais não coabitarem.

Art. 97. Não havendo acordo entre os pais, deve o juiz decidir, preferencialmente, pela guarda compartilhada, salvo se o melhor interesse do filho recomendar a guarda exclusiva, assegurado o direito à convivência do não-guardião.

Parágrafo único. Antes de decidir pela guarda compartilhada, sempre que possível, deve ser ouvida a equipe multidisciplinar e utilizada a mediação familiar.

Art. 98. Os filhos não podem ser privados da convivência familiar com ambos os pais, quando estes constituírem nova entidade familiar.

Art. 99. O não-guardião pode fiscalizar o exercício da guarda, acompanhar o processo educacional e exigir a comprovação da adequada aplicação dos alimentos pagos.

Art. 100. O direito à convivência pode ser estendido a qualquer pessoa com quem a criança ou o adolescente mantenha vínculo de afetividade.

Art. 101. Quando a guarda é exercida exclusivamente por um dos genitores é indispensável assegurar o direito de convivência com o não-guardião.

Parágrafo único. O direito à convivência familiar pode ser judicialmente suspenso ou limitado quando assim impuser o melhor interesse da criança.

Art. 102. As disposições relativas à convivência familiar dos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

Art. 103. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deve deferir a guarda a quem revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afetividade.

Parágrafo único. Nesta hipótese deve ser assegurado aos pais o direito à convivência familiar, salvo se não atender ao melhor interesse da criança.

TÍTULO V DA TUTELA E DA CURATELA

CAPÍTULO I DA TUTELA

Art. 104. As crianças e os adolescentes são postos em tutela quando a nomeação for feita pelos pais em testamento ou documento particular, produzindo efeitos com a morte ou perda da autoridade parental.

Art. 105. É ineficaz a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não exercia a autoridade parental.

§ 1º Nomeado mais de um tutor sem indicação de precedência, entende-se que a tutela foi atribuída ao primeiro, e que os outros lhe sucederão pela ordem de nomeação.

§ 2º É possível a instituição de dois tutores quando constituem uma entidade familiar.

Art. 106. Quem institui um menor de idade herdeiro, ou legatário seu, pode nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob a autoridade parental, ou tutela.

Art. 107. Na falta de tutor nomeado pelos pais ou no caso de recusa, o órfão deve ser colocado em família substituta nos termos da legislação especial.

Art. 108. O tutor deve se submeter às mesmas regras da autoridade parental, sob pena de destituição judicial do encargo.

CAPÍTULO II DA CURATELA

Art. 109. Rege-se o instituto da curatela pelo princípio do melhor interesse do curatelado.

Art. 110. Estão sujeitos à curatela:

I - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil;

II - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido;

IV - os excepcionais sem desenvolvimento mental completo.

Art. 111. É nomeado curador, preferencialmente:

I - o cônjuge, o convivente ou o parceiro do interdito;

II - o ascendente ou o descendente que se demonstrar mais apto.

Parágrafo único. Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

Art. 112. Não pode ser curador:

I - quem não tem a livre administração de seus bens;

II - quem tem obrigações para com curatelado, ou direitos contra ele;

III - o inimigo do curatelado;

IV - o condenado por crime contra a família;

V - o culpado de abuso em curatela anterior.

Art. 113. Quem esteja impossibilitado ou limitado no exercício regular dos atos da vida civil, pode requerer que lhe seja dado curador para cuidar de seus negócios ou bens.

Parágrafo único. O pedido pode ser formulado por quem tenha legitimidade para ser nomeado curador.

Art. 114. O curador tem o dever de prestar contas de sua gestão de dois em dois anos.

TÍTULO VI

DOS ALIMENTOS

Art. 115. Podem os parentes, cônjuges, conviventes ou parceiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver com dignidade e de modo compatível com a sua condição social.

§ 1º São devidos os alimentos quando o alimentando não tem bens suficientes a gerar renda, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção.

§ 2º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do alimentando e dos recursos do alimentante.

§ 3º Os alimentos devidos aos parentes são apenas os indispensáveis à subsistência, quando o alimentando der causa à situação de necessidade.

§ 4º Se houver acordo, o alimentante pode cumprir sua obrigação mediante o fornecimento de moradia, sustento, assistência à saúde e educação.

Art. 116. O direito a alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os parentes em linha reta, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros, e aos irmãos.

Parágrafo único. A maioria civil faz cessar a presunção de necessidade alimentar, salvo se o alimentando comprovadamente se encontrar em formação educacional, até completar vinte e cinco anos de idade.

Art. 117. Se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato.

§ 1º Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos.

§ 2º A responsabilidade alimentar entre parentes tem natureza complementar quando o parente de grau mais próximo não puder atender integralmente a obrigação.

Art. 118. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança da situação financeira do alimentante, ou na do alimentando, pode o interessado requerer a exoneração, a redução ou majoração do encargo.

Art. 119. A obrigação alimentar transmite-se ao espólio, até o limite das forças da herança.

Art. 120. O crédito a alimentos é insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Art. 121. Com o casamento, a união estável ou a união homoafetiva do alimentando, extingue-se o direito a alimentos.

§ 1º Com relação ao alimentando, cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno ofensivo a direito da personalidade do alimentante.

§ 2º A nova união do alimentante não extingue a sua obrigação alimentar.

TÍTULO VII DO PROCESSO E DO PROCEDIMENTO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 122. Os processos nas relações de família orientam-se pelos princípios da oralidade, celeridade, simplicidade, informalidade, fungibilidade e economia processual.

Parágrafo único. As ações previstas neste Estatuto têm preferência de tramitação e julgamento.

Art. 123. As ações decorrentes deste Estatuto são da competência das Varas de Família e os recursos devem ser apreciados por Câmaras Especializadas em Direito de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver.

§ 1º Enquanto não instaladas varas e câmaras especializadas, as ações e recursos serão processados e julgados nas varas e câmaras preferenciais, a serem indicadas pelos tribunais.

§ 2º As varas e câmaras especializadas ou com competência preferencial devem ser dotadas de equipe de atendimento multidisciplinar e de conciliadores.

Art. 124. As ações pertinentes às relações de família podem tramitar em segredo de justiça quando for requerida justificadamente pelas partes.

Art. 125. As medidas de urgência podem ser propostas durante o período de férias forenses e devem ser apreciadas de imediato.

Art. 126. Nas questões decorrentes deste Estatuto a conciliação prévia pode ser conduzida por juiz de paz ou por conciliador judicial.

Parágrafo único. Obtida a conciliação, o termo respectivo é submetido à homologação do juiz de direito competente.

Art. 127. As ações relativas ao mesmo núcleo familiar devem ser distribuídas ao mesmo juízo, ainda que não haja identidade de partes.

Art. 128. Em qualquer ação e grau de jurisdição, deve ser buscada a conciliação e sugerida a prática da mediação extrajudicial, podendo ser determinada a realização de estudos sociais, bem como o acompanhamento psicológico das partes.

Art. 129. A critério do juiz ou a requerimento das partes o processo pode ficar suspenso enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 130. O Ministério Público deve intervir nos processos judiciais em que houver interesses de crianças, adolescentes e incapazes.

Art. 131. É das partes o ônus de produzir as provas destinadas a demonstrar suas alegações,

competindo ao juiz investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.

Parágrafo único. Inverte-se o ônus da prova, ficando o encargo probatório a quem contrapõe interesse indisponível de criança, adolescente e incapaz.

Art. 132. O juiz pode adotar em cada caso a solução mais conveniente ou oportuna para atender o direito das partes, à luz dos princípios deste Estatuto.

Art. 133. Em todas as ações pode ser concedida a antecipação de tutela, bem como cumuladas medidas cautelares.

Parágrafo único. A apreciação do pedido liminar ou da tutela antecipada não depende da prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 134. Na inexistência de prova inequívoca, ou não se convencendo o juiz da verossimilhança das alegações, para a apreciação da medida liminar, pode designar audiência de justificação, a ser realizada no prazo máximo de dez dias.

§ 1º A requerimento do autor, a audiência de justificação pode realizar-se sem a intimação do réu, caso haja a possibilidade de sua presença comprometer o cumprimento da medida.

§ 2º O autor pode comparecer acompanhado de no máximo três testemunhas.

§ 3º Apreciado o pedido liminar, com a ouvida do Ministério Público, deve o juiz designar audiência conciliatória.

§ 4º Da decisão liminar cabe pedido de reconsideração, no prazo de cinco dias.

§ 5º Da decisão que aprecia o pedido de reconsideração cabe agravo de instrumento.

Art. 135. Nas ações concernentes às relações de família deve o juiz designar audiência de conciliação, podendo imprimir o procedimento sumário.

Art. 136. Não obtida a conciliação, as partes podem ser encaminhadas a estudo psicossocial ou a mediação extrajudicial.

Parágrafo único. Cabe ao juiz homologar o acordo proposto pelo conciliador ou mediador com assistência dos advogados ou defensores públicos.

Art. 137. Aplicam-se subsidiariamente as disposições processuais constantes na legislação ordinária, e especial.

CAPÍTULO II DO PROCEDIMENTO PARA O CASAMENTO

SEÇÃO I DA HABILITAÇÃO

Art. 138. A habilitação para o casamento é feita perante o oficial do Registro Civil da residência de qualquer dos nubentes.

Art. 139. O pedido de habilitação deve ser formulado por ambos os nubentes, ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração da inexistência de impedimento para o casamento.

Parágrafo único. O pedido deve ser acompanhado dos seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - comprovação do domicílio e da residência dos nubentes;

III - declaração de duas testemunhas, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento para o casamento;

IV - em caso de casamento anterior, certidão de óbito do cônjuge falecido, registro da sentença de divórcio ou da anulação do casamento;

V - havendo necessidade de autorização, documento firmado pelos pais, pelos representantes legais ou ato judicial que supra a exigência.

Art. 140. O oficial deve extrair edital, que permanece afixado durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil da residência de ambos os nubentes.

Art. 141. É dever do oficial do Registro esclarecer aos nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens.

Art. 142. Os impedimentos devem ser opostos por escrito e instruídos com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde as provas possam ser obtidas.

Art. 143. O oficial do Registro deve apresentar aos nubentes ou a seus representantes a oposição.

Parágrafo único. Pode ser deferido prazo razoável para a prova contrária aos fatos alegados.

Art. 144. Verificada a inexistência do fato impeditivo para o casamento, é extraído o certificado de habilitação.

Art. 145. A eficácia da habilitação é de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.

SEÇÃO II

DO SUPRIMENTO DE CONSENTIMENTO PARA O CASAMENTO

Art. 146. Recusando um dos pais ou o representante a autorização para o casamento do relativamente incapaz, cabe ao outro pedir o suprimento judicial do consentimento.

§ 1º Recusada a autorização, o procedimento pode ser intentado pelo Ministério Público ou curador especial nomeado pelo juiz.

§ 2º Quem recusar a autorização, deve justificar a recusa no prazo de cinco dias.

§ 3º O juiz pode determinar a realização de audiência ou a produção de provas, devendo decidir em até cinco dias.

SEÇÃO III

DA CELEBRAÇÃO

Art. 147. O casamento deve ser celebrado pelo juiz de paz em dia, hora e lugar previamente agendado.

Parágrafo único. Na falta do juiz de paz é competente a autoridade celebrante na forma da organização judiciária de cada Estado.

Art. 148. A solenidade é realizada na sede do cartório, ou em outro local, com toda a publicidade, a portas abertas, e na presença de pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos nubentes.

Art. 149. Presentes os nubentes, as testemunhas e o oficial do Registro, o juiz de paz, ouvindo dos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, os declara casados, em nome da lei.

Art. 150. A celebração do casamento é imediatamente suspensa se algum dos nubentes:

- I - recusar a solene afirmação da sua vontade;
- II - declarar que sua manifestação não é livre e espontânea;
- III - mostrar-se arrependido.

Parágrafo único. O nubente que der causa à suspensão do ato não pode retratar-se no mesmo dia.

Art. 151. Um ou ambos os nubentes podem ser representados mediante procuração outorgada por instrumento público, com poderes especiais e com o prazo de noventa dias.

§ 1º A revogação da procuração somente pode ocorrer por escritura pública e antes da celebração do casamento.

§ 2º Celebrado o casamento, sem que a revogação chegue ao conhecimento do mandatário, o ato é inexistente, devendo ser cancelado.

Art. 152. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante a autoridade consular, deve ser registrado em cento e oitenta dias, a contar do retorno de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil.

Parágrafo único. O registro deve ser feito no cartório do domicílio dos cônjuges em que residiam ou onde passarão a residir.

SEÇÃO IV DO REGISTRO DO CASAMENTO

Art. 153. Celebrado o casamento, o oficial lavra o assento no livro de registro devendo constar:

I - os nomes, nacionalidade, data e lugar do nascimento, profissão e residência dos cônjuges;

II - os nomes, nacionalidade, data de nascimento dos pais, consignando o falecimento de algum deles;

III - a data e cartório que expediu o certificado de habilitação;

IV - os nomes, nacionalidade e domicílio das testemunhas;

V - o regime de bens do casamento e a identificação da escritura do pacto antenupcial;

VI - o nome que os cônjuges passam a usar.

Art. 154. O assento do casamento é assinado pelo juiz de paz, os cônjuges e por duas testemunhas.

SEÇÃO V DO REGISTRO DO CASAMENTO RELIGIOSO PARA EFEITOS CIVIS

Art. 155. Os nubentes habilitados para o casamento podem casar perante autoridade ou ministro religioso.

Art. 156. O assento do casamento religioso, subscrito pela autoridade ou ministro que o celebrar, pelos nubentes e por duas testemunhas, deve conter os mesmos requisitos do registro civil.

Art. 157. A autoridade ou ministro celebrante deve arquivar a certidão de habilitação que lhe foi apresentada, devendo, nela, anotar a data da celebração do casamento.

Art. 158. No prazo de trinta dias, a contar da celebração, qualquer interessado pode apresentar o assento do casamento religioso ao cartório do registro civil que expediu o certificado de habilitação.

§ 1º O oficial deve proceder o registro do casamento no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º Se o documento referente à celebração do casamento religioso omitir algum requisito, a falta deve ser suprida por declaração de ambos os cônjuges tomada por termo pelo oficial.

Art. 159. Do assento deve conter a data da celebração, o lugar, o culto religioso.

Art. 160. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação perante o oficial de registro civil, pode ser registrado no prazo de noventa dias, mediante requerimento dos cônjuges, com a prova do ato religioso e os demais documentos exigidos para a habilitação do casamento.

Parágrafo único. Processada a habilitação, o oficial procede ao registro do casamento religioso, devendo atender aos mesmos requisitos legais.

Art. 161. O casamento produz efeito a contar da celebração religiosa.

SEÇÃO VI

DO CASAMENTO EM IMINENTE RISCO DE MORTE

Art. 162. Quando algum dos nubentes estiver em iminente risco de morte, não obtendo a presença do juiz de paz, pode o casamento ser celebrado na presença de quatro testemunhas, que não tenham com os nubentes relação de parentesco.

Art. 163. Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante o cartório do registro civil mais próximo, dentro de dez dias, devendo ser tomada a termo a declaração de:

I - que foram convocadas por parte do enfermo;

II - que este parecia em perigo de morte, mas apresentava plena capacidade para manifestar sua vontade;

III - que, em sua presença, declararam os nubentes, livre e espontaneamente, receber-se em casamento.

§ 1º Autuado o pedido e tomadas as declarações a termo, o oficial do registro civil deve proceder as diligências para verificar se os nubentes podiam ter-se habilitado, colhendo a manifestação do sobrevivente, em quinze dias.

§ 2º Comprovada a inexistência de impedimentos, o oficial procede ao registro no livro do Registro dos Casamentos.

§ 3º O casamento produz efeito a partir da data da celebração.

§ 4º Serão dispensadas estas formalidades se o enfermo convalescer e ambos ratificarem o casamento na presença do juiz de paz e do oficial do registro.

§ 5º Neste caso fica dispensada a habilitação para o casamento.

CAPÍTULO III

DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL E DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 164. É facultado aos conviventes e aos parceiros, de comum acordo, requerer em juízo o reconhecimento de sua união estável ou da união homoafetiva.

Art. 165. Dissolvida a união, qualquer dos conviventes ou parceiros pode ajuizar a ação de reconhecimento de sua existência.

Parágrafo único. Na petição inicial deve a parte autora:

I - identificar o período da convivência;

II - indicar o regime da guarda dos filhos;

III - comprovar a necessidade de alimentos ou declarar que deles não necessita;

IV - indicar o valor dos alimentos necessários à manutenção dos filhos;

V - descrever os bens do casal e apresentar proposta de divisão.

Art. 166. A ação deve ser instruída com o contrato de convivência, se existir, e a certidão de nascimento dos filhos.

Parágrafo único. A descrição dos bens do casal e a proposta de partilha é facultativa.

Art. 167. Ao receber a petição inicial, o juiz deve apreciar o pedido liminar de alimentos provisórios e designar audiência conciliatória.

Parágrafo único. A sentença deve fixar os termos inicial e final da união.

CAPÍTULO IV

DA DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

SEÇÃO I

DA AÇÃO DE DIVÓRCIO

Art. 168. A ação de divórcio pode ser intentada por qualquer um dos cônjuges ou por ambos.

§ 1º O cônjuge acometido de doença mental ou transtorno psíquico é representado por curador, ascendente ou irmão.

§ 2º A inicial deve ser acompanhada da certidão de casamento e certidão de nascimento dos filhos.

Art. 169. Não tendo havido prévia separação, deve a inicial:

I - indicar a data da separação de fato;

II - identificar o regime de convivência com os filhos menores;

III - declinar a dispensa dos alimentos ou a necessidade de um dos cônjuges de percebê-los;

IV - indicar o valor dos alimentos necessários à manutenção dos filhos.

Art. 170. Ao receber a inicial o juiz deve apreciar o pedido liminar de alimentos provisórios.

Art. 171. Havendo filhos menores ou incapazes deve ser designada audiência conciliatória.

Art. 172. No divórcio consensual, não existindo filhos menores ou incapazes ou estando judicialmente decididas as questões a eles relativas, é dispensável a realização de audiência.

SEÇÃO II

DA SEPARAÇÃO

Art. 173. Qualquer dos cônjuges pode propor a ação de separação.

Art. 174. Qualquer dos cônjuges, conviventes ou parceiros pode propor a ação de separação de corpos.

§ 1º A parte autora pode pleitear, justificadamente, sua permanência no lar ou requerer o afastamento da parte-ré.

§ 2º Havendo alegação da prática de violência doméstica aplica-se a legislação especial.

Art. 175. Na inicial da ação de separação deve a parte-autora:

I - indicar o regime de convivência com os filhos menores;

II - declarar que dispensa alimentos ou comprovar a necessidade de percebê-los;

III - indicar o valor dos alimentos necessários à manutenção dos filhos.

Parágrafo único. A ação deve ser instruída com a certidão de casamento ou contrato de convivência, se existir, e a certidão de nascimento dos filhos.

Art. 176. Ao receber a petição inicial o juiz deve apreciar o pedido de separação de corpos e decidir sobre os alimentos.

Parágrafo único. Não evidenciada a possibilidade de risco à vida ou à saúde das partes e dos filhos, o juiz pode designar audiência de justificação ou de conciliação para decidir sobre a separação de corpos.

Art. 177. Comparecendo a parte-ré e concordando com a separação de corpos, pode a ação prosseguir quanto aos pontos em que inexista consenso.

CAPÍTULO V

DOS ALIMENTOS

SEÇÃO I

DA AÇÃO DE ALIMENTOS

Art. 178. Na ação de alimentos, o autor deve:

I - comprovar a obrigação alimentar ou trazer os indícios da responsabilidade do alimentante em prover-lhe o sustento;

II - declinar as necessidades do alimentando;

III - indicar as possibilidades do alimentante.

Art. 179. Ao despachar a inicial, o juiz deve fixar alimentos provisórios e encaminhar as partes à conciliação ou designar audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Os alimentos provisórios são devidos e devem ser pagos desde a data da fixação.

§ 2º Quando da citação deve o réu ser cientificado da incidência da multa de 10% sempre que incorrer em mora de quinze dias.

Art. 180. Se o devedor for funcionário público, civil ou militar, empregado da iniciativa privada, perceber rendimentos provenientes de vínculo empregatício, ou for aposentado, o juiz deve fixar os alimentos em percentual dos seus ganhos.

Parágrafo único. O desconto dos alimentos será feito dos rendimentos do alimentante, independentemente de requerimento do credor, salvo acordo.

Art. 181. Na audiência de instrução e julgamento o juiz colhe o depoimento das partes.

§ 1º Apresentada a contestação, oral ou escrita, havendo prova testemunhal o juiz ouve a testemunha, independentemente do rol.

§ 2º Ouvidas as partes e o Ministério Público, o juiz profere a sentença na audiência ou no prazo máximo de dez dias.

Art. 182. Da sentença que fixa, revisa ou exonera alimentos cabe recurso somente com efeito devolutivo.

Parágrafo único. Justificadamente, o juiz, ou o relator, pode agregar efeito suspensivo ao recurso.

Art. 183. Fixados alimentos definitivos em valor superior aos provisórios cabe o pagamento da diferença desde a data da fixação. Caso os alimentos fixados em definitivo sejam em valor inferior aos provisórios, não há compensação, não dispondo a decisão de efeito retroativo.

Art. 184. Na ação de oferta de alimentos o juiz não está adstrito ao valor oferecido pelo autor.

Art. 185. Cabe ação revisional quando os alimentos foram fixados sem atender ao critério da proporcionalidade ou quando houver alteração nas condições das partes.

Art. 186. A ação de alimentos pode ser cumulada com qualquer demanda que envolva questões de ordem familiar entre as partes.

Art. 187. Havendo mais de um obrigado, é possível mover a ação contra todos, ainda que o

dever alimentar de alguns dos réus seja de natureza subsidiária ou complementar.

Parágrafo único. A obrigação de cada um dos alimentantes deve ser individualizada.

Art. 188. O empregador, o órgão público ou privado responsável pelo pagamento do salário, benefício ou provento, no prazo de até quinze dias, tem o dever de:

I - proceder ao desconto dos alimentos;

II - encaminhar a juízo cópia dos seis últimos contracheques ou recibos de pagamento do salário;

III - informar imediatamente quando ocorrer a rescisão do contrato de trabalho ou a cessação do vínculo laboral.

Art. 189. Rescindido o contrato de trabalho do alimentante, serão colocadas à disposição do juízo trinta por cento de quaisquer verbas, rescisórias ou não, percebidas por ato voluntário do ex-empregador ou por decisão judicial.

§ 1º Desse crédito, mensalmente será liberado, em favor dos alimentandos, o valor do pensionamento, até que os alimentos passem a ser pagos por outra fonte pagadora.

§ 2º Eventual saldo será colocado à disposição do alimentante.

Art. 190. Fixada em percentual sobre os rendimentos do alimentante, a verba alimentar, salvo ajuste diverso, incide sobre:

§ 1º A totalidade dos rendimentos percebidos a qualquer título, excluídos apenas os descontos obrigatórios, reembolso de despesas e diárias;

§ 2º O 13º salário, adicional de férias, gratificações, abonos, horas extras e vantagens recebidas a qualquer título.

Art. 191. A cessação do vínculo laboral não torna ilíquida a obrigação. Os alimentos, neste caso, correspondem ao último valor descontado.

Art. 192. Os alimentos podem ser descontados de aluguéis e de outras rendas ou rendimentos do alimentante, a serem pagos diretamente ao credor.

SEÇÃO II

DA COBRANÇA DOS ALIMENTOS

Art. 193. Fixados os alimentos judicialmente a cobrança será levada a efeito como cumprimento de medida judicial.

Art. 194. Podem ser cobrados pelo mesmo procedimento os alimentos fixados em escritura pública de separação e divórcio ou em acordo firmado pelas partes e referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou procurador dos transatores.

Art. 195. A cobrança dos alimentos provisórios bem como dos alimentos fixados em sentença sujeita a recurso se processa em procedimento apartado.

Art. 196. Os alimentos definitivos, fixados em qualquer demanda, podem ser cobrados nos mesmos autos.

Art. 197. Cabe ao juiz tomar as providências cabíveis para localizar o devedor e seus bens, independentemente de requerimento do credor.

Art. 198. A multa incide sobre todas as parcelas vencidas há mais de quinze dias, inclusive as que se venceram após a intimação do devedor.

Art. 199. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de impugnação não obsta a que o credor levante mensalmente o valor da prestação.

Parágrafo único. Sem prejuízo do pagamento dos alimentos, o débito executado pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do devedor, de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinqüenta por cento de seus ganhos líquidos.

Art. 200. Para a cobrança de até seis parcelas de alimentos, fixadas judicial ou extrajudicialmente, o devedor é citado para proceder ao pagamento do valor indicado pelo credor, no prazo de três dias, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Parágrafo único. Somente a comprovação de fato imprevisível que gere a impossibilidade absoluta de pagar serve de justificativa para o inadimplemento.

Art. 201. O magistrado pode, a qualquer tempo, designar audiência conciliatória, para o fim de ajustar modalidades de pagamentos.

§ 1º Inadimplido o acordo, resta vencida a totalidade do débito, sem prejuízo do cumprimento da pena de prisão.

§ 2º Se o devedor não pagar, ou o magistrado não aceitar a justificação apresentada, decretará a prisão pelo prazo de um a três meses.

Art. 202. A prisão é cumprida em regime semiaberto.

Em caso de novo aprisionamento, o regime é o fechado.

Art. 203. O devedor se exime da prisão comprovando o pagamento das parcelas executadas, das prestações vencidas até a data do adimplemento, dos juros e da correção monetária.

Art. 204. Cumprida a prisão, e não levado a efeito o pagamento, a cobrança prossegue nos mesmos autos, pelo rito da execução por quantia certa.

Parágrafo único. Sobre a totalidade do débito e sobre as parcelas vencidas até a data do pagamento incide multa, a contar da data da citação.

Art. 205. As custas processuais e os honorários advocatícios podem ser cobrados nos mesmos autos.

Art. 206. Citado o réu, deixando de proceder ao pagamento, o juiz determina a inscrição do nome do devedor no Cadastro de Proteção ao Credor de Alimentos e demais instituições públicas ou privadas de proteção ao crédito.

§ 1º O juiz deve comunicar o valor e o número das prestações vencidas e não pagas.

§ 2º A determinação não depende de requerimento do credor.

§ 3º Quitado o débito, a anotação é cancelada mediante ordem judicial.

Art. 207. Em qualquer hipótese, verificada a postura procrastinatória do devedor, o magistrado deve dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.

CAPÍTULO VI DA AVERIGUAÇÃO DA FILIAÇÃO

Art. 208. Comparecendo o pai ou a mãe para proceder ao registro de nascimento do filho menor de idade somente em seu nome, o Oficial do Registro Civil deve comunicar ao Ministério Público, com as informações que lhe foram fornecidas para a localização do outro genitor.

Art. 209. O Ministério Público deve notificar o indicado como sendo genitor, para que, no prazo de dez dias se manifeste sobre a paternidade ou maternidade que lhe é atribuída.

§ 1º Confirmada a paternidade ou a maternidade, lavrado o termo, o oficial deve proceder o registro.

§ 2º Negada a paternidade ou a maternidade, ou deixando de manifestar-se, cabe ao Ministério Público propor a ação investigatória.

Art. 210. A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar a ação de investigação.

CAPÍTULO VII DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Art. 211. Proposta ação investigatória por menor de idade ou incapaz, havendo forte prova indiciária da paternidade, biológica ou socioafetiva, o juiz deve fixar alimentos provisórios, salvo se o autor declarar que deles não necessita.

Art. 212. Havendo registro civil é necessária a citação daqueles indicados no respectivo assento.

Art. 213. Postulando o autor sob o benefício da assistência judiciária, é de responsabilidade do réu os encargos necessários para a produção das provas, se ele não gozar do mesmo benefício.

Art. 214. Deixando o réu de submeter-se à perícia ou de injustificadamente proceder ao pagamento do exame, opera em favor do autor a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial.

Parágrafo único. A declaração da filiação deve ser apreciada em conjunto com outras provas.

Art. 215. A ausência de contestação enseja a aplicação dos efeitos da revelia.

Art. 216. A procedência do pedido desconstitui a filiação estabelecida anteriormente no registro.

Parágrafo único. A alteração do nome deve atender ao melhor interesse do investigante.

Art. 217. Transitada em julgado a sentença deve ser expedido mandado de averbação ao registro civil.

Art. 218. A sentença de procedência dispõe de efeito declaratório desde a data do nascimento do investigado.

Art. 219. A improcedência do pedido de filiação não impede a propositura de nova ação diante do surgimento de outros meios probatórios.

CAPÍTULO VIII

DA AÇÃO DE INTERDIÇÃO

Art. 220. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge, companheiro ou parceiro;

II - pelos parentes consanguíneos ou afins;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV - pelo Ministério Público.

Art. 221. O Ministério Público só promoverá interdição:

I - em caso de doença mental grave;

II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I, II e III do artigo antecedente;

III - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.

Art. 222. Cabe ao autor especificar os fatos que revelam a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens.

Parágrafo único. Justificada a urgência o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos.

Art. 223. O interditando é intimado para comparecer à audiência de interrogatório.

§ 1º O juiz deve ouvir o interditando pessoalmente acerca de sua vida, negócios, bens, consignando sua impressão pessoal sobre as condições do interrogando.

§ 2º O juiz, quando necessário, pode comparecer no local onde se encontra o interditando para ouvi-lo.

Art. 224. No prazo de cinco dias contados da audiência, o interditando pode contestar o pedido, através de advogado.

Art. 225. Cabe ao juiz nomear perito para proceder ao exame do interditando.

Parágrafo único. O juiz pode dispensar a perícia quando notória a incapacidade.

Art. 226. Apresentado o laudo pericial, após manifestação das partes, se necessário, o juiz designa audiência de instrução e julgamento.

Art. 227. A escolha do curador é feita pelo juiz e deve recair na pessoa que melhor atenda aos interesses do curatelado.

Art. 228. Não pode ser nomeado curador:

I - quem não tem a livre administração de seus bens;

II - quem tem obrigações para com o curatelado, ou direitos contra ele;

Art. 229. Decretada a interdição, o juiz fixa os limites da curatela segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito.

Art. 230. Transitada em julgado, a sentença é inscrita no Registro de Pessoas Naturais.

Art. 231. O curador é intimado a prestar compromisso no prazo de cinco dias.

Art. 232. Prestado o compromisso, o curador assume a administração dos bens do interdito.

Art. 233. Havendo meio de recuperar o interdito, o curador deve buscar tratamento apropriado.

Art. 234. O interdito pode ser recolhido em estabelecimento adequado, quando não se adapte ao convívio doméstico.

Art. 235. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos menores do curatelado, que se encontram sob a guarda e responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição.

Art. 236. O curador deve prestar contas de sua gestão de dois em dois anos, ficando dispensado se a renda for menor que três salários mínimos mensais.

Art. 237. O Ministério Público, ou quem tenha legítimo interesse, pode requerer a destituição do curador.

Art. 238. O curador pode contestar o pedido de destituição no prazo de cinco dias.

Art. 239. Ao deixar o encargo é indispensável a prestação de contas.

Art. 240. Em caso de extrema gravidade, o juiz pode suspender do exercício da curatela, nomeando interinamente substituto.

Art. 241. Extingue-se a interdição, cessando a causa que a determinou.

Parágrafo único. A extinção da curatela pode ser requerida pelo curador, pelo interditado ou pelo Ministério Público.

Art. 242. O juiz deve nomear perito para avaliar as condições do interditado. Após a apresentação do laudo, quando necessário, designa audiência de instrução e julgamento.

Art. 243. Extinta a interdição, a sentença é averbada no Registro de Pessoas Naturais.

CAPÍTULO IX

DOS PROCEDIMENTOS DOS ATOSEXTRAJUDICIAIS

Art. 244. Os atos extrajudiciais devem ser subscritos pelas partes e pelos advogados.

Parágrafo único. O advogado comum ou de cada uma das partes deve estar presente no ato da assinatura da respectiva escritura.

SEÇÃO I

DO DIVÓRCIO

Art. 245. Os cônjuges podem promover o divórcio por escritura pública.

Parágrafo único. Os cônjuges devem apresentar as certidões de casamento e de nascimento dos filhos, se houver.

Art. 246. Devem os cônjuges declarar:

I - a data da separação de fato;

II - o valor dos alimentos destinado a um dos cônjuges ou a dispensa de ambos do encargo alimentar;

III - a permanência ou não do uso do nome;

IV - facultativamente, os bens do casal e sua partilha.

Parágrafo único. Não é necessária a partilha dos bens para o divórcio.

Art. 247. Havendo filhos menores ou incapazes é necessário comprovar que se encontram solvidas judicialmente todas as questões a eles relativas.

Art. 248. Lavrada a escritura, deve o tabelião enviar certidão ao Cartório do Registro Civil em que ocorreu o casamento, para averbação.

§ 1º A certidão do divórcio deve ser averbada no registro de imóvel onde se situam os bens e nos registros relativos a outros bens.

§ 2º O envio da certidão aos respectivos registros pode ser levado a efeito por meio eletrônico.

Art. 249. A eficácia do divórcio se sujeita à averbação no registro do casamento.

SEÇÃO II DA SEPARAÇÃO

Art. 250. É facultada aos cônjuges a separação consensual extrajudicial.

Art. 251. A separação consensual extrajudicial de corpos cabe aos cônjuges, aos conviventes e aos parceiros.

Art. 252. A separação consensual pode ser levada a efeito por escritura pública, na hipótese de:

I - não existir filhos menores ou incapazes do casal;

II - estarem solvidas judicialmente todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes.

Art. 253. Na escritura deve ficar consignado o que ficou acordado sobre pensão alimentícia, e, se for o caso, sobre os bens comuns.

SEÇÃO III DO RECONHECIMENTO E DA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E HOMOAFETIVA

Art. 254. Os conviventes e os parceiros podem, a qualquer tempo, buscar o reconhecimento da união por escritura pública, indicando:

I - a data do início da união;

II - o regime de bens.

Art. 255. Encontrando-se os conviventes ou os parceiros separados, a dissolução da união pode ser realizada mediante escritura pública, devendo ser indicado:

I - o período da convivência;

II - o valor dos alimentos ou a dispensa do encargo;

III - facultativamente, a descrição dos bens e a sua divisão.

Art. 256. Havendo filhos menores ou incapazes, as questões a eles relativas devem ser solvidas judicialmente.

Art. 257. Lavrada a escritura, cabe ao tabelião encaminhar certidão ao Cartório do Registro Civil da residência dos conviventes ou parceiros, a ser averbada em livro próprio.

Parágrafo único. A união é averbada no registro de nascimento dos conviventes e dos parceiros.

Art. 258. Havendo bens deve proceder-se ao registro na circunscrição dos imóveis e nos demais registros relativos a outros bens.

SEÇÃO IV DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Art. 259. Os conviventes podem, de comum acordo e a qualquer tempo, converter a união estável em casamento.

Art. 260. O pedido é formulado ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais onde residem, devendo os conviventes:

I - comprovar que não estão impedidos de casar;

II - indicar o termo inicial da união;

III - arrolar os bens comuns;

IV - declinar o regime de bens;

V - apresentar as provas da existência da união estável.

Art. 261. Lavrada a escritura, deve o tabelião enviar certidão ao Registro Civil em que ocorreu o casamento, para averbação.

§ 1º A certidão do divórcio deve ser averbada no registro de imóvel onde se situam os bens e nos registros relativos a outros bens.

§ 2º O envio da certidão aos respectivos registros pode ser levado a efeito por meio eletrônico.

Art. 262. A conversão somente tem efeito perante terceiros após ser registrada perante o registro civil.

SEÇÃO V

DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Art. 263. A alteração consensual do regime dos bens pode ser formalizada por escritura pública, sem prejuízo do direito de terceiros.

Art. 264. A alteração deve ser averbada na certidão de casamento e no registro de imóveis dos bens do casal.

Art. 265. Caso os cônjuges, ou apenas um deles, seja empresário, a alteração deve ser averbada na Junta Comercial e no registro público de empresas mercantis.

Art. 266. A alteração só produz efeito perante terceiros após a averbação no registro imobiliário e demais registros relativos a outros bens.

TÍTULO VII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 267. É ineficaz qualquer ato, fato ou negócio jurídico que contrariar os princípios estabelecidos na Constituição Federal, em tratados ou convenções internacionais das quais seja o Brasil signatário e neste Estatuto.

Art. 268. Todos os tratados e convenções internacionais que assegurem direitos e garantias fundamentais de proteção aos integrantes da entidade familiar têm primazia na aplicação do presente Estatuto.

Art. 269. Todas as remissões feitas ao Código Civil que expressa ou tacitamente foram revogadas por este Estatuto, consideram-se feitas às disposições deste Estatuto.

Art. 270. A existência e a validade dos atos, fatos e negócios jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Estatuto, obedecem ao disposto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 e nas leis anteriores, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Estatuto, aos preceitos dele se subordinam.

Art. 271. Salvo disposição em contrário deste Estatuto, mantém-se a aplicação das leis especiais anteriores naquilo que não conflitam com regras ou princípios nele estabelecidos ou dele inferidos.

Art. 272. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos ou princípios se coadunem com este Estatuto.

Art. 273. Este Estatuto entra em vigor um ano da data de sua publicação.

Art. 274. Fica revogado da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o Livro IV - Do Direito de Família (arts. 1.511 a 1.783), os arts. 732 a 745; 852 a 854; 877 e 878; 888, II e III; os arts. 1.120 a 1.124-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), o Decreto-Lei nº 3.200/1941 (casamento de parentes em 3º grau), a Lei nº 5.478/1968 (Lei de Alimentos), os arts. 70 a 76 da Lei nº 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), a Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio) e a Lei nº 8.560/1992 (investigação oficiosa da paternidade).