



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

**LORENA MOURA BOENTE**

**A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NA FORMAÇÃO DE  
NOVAS ENTIDADES FAMILIARES PELA REGULAÇÃO  
NORMATIVA.**

Salvador  
2012

**LORENA MOURA BOENTE**

**A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NA FORMAÇÃO DE  
NOVAS ENTIDADES FAMILIARES PELA REGULAÇÃO  
NORMATIVA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito, na área de concentração Relações Sociais e Novos Direitos, na Linha de Pesquisa Fundamentos do Direito Privado.

Orientadora: Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva.

Salvador  
2012

B671

Boente, Lorena Moura,

A proteção da autonomia na formação de novas entidades familiares pela  
regulação normativa / por Lorena Moura Boente. – 2012.  
178 f.

Orientador: Profª Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia  
Faculdade de Direito, 2012.

1. Direito de família 2. União estável I. Universidade Federal da  
Bahia

CDD- 346.015

**LORENA MOURA BOENTE**

**A PROTEÇÃO DA AUTONOMIA NA FORMAÇÃO DE  
NOVAS ENTIDADES FAMILIARES PELA REGULAÇÃO  
NORMATIVA.**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestra em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

**Banca Examinadora:**

---

Profa. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva. - Orientadora  
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)  
Universidade Federal da Bahia

---

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim.  
Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)  
Universidade Federal da Bahia

---

3.º Examinador

Aos meus pais, Luiz e Anacatia, pessoas ímpares na formação de minha personalidade.

E, a todos aqueles que de alguma forma sofreram com algum tipo de discriminação que o impediram de exercer livremente a sua autonomia privada nos seus relacionamentos familiares.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me dado força e saúde durante toda esta difícil etapa de minha vida.

Aos meus pais, Anacatia e Luiz Boente, por sempre acreditarem em mim, investindo, apoiando e incentivando.

Ao Professor Washington Luiz da Trindade, pela oportunidade de ter sido orientada por este grande homem, que mesmo já com problemas de saúde e oftalmológicos não hesitava em me receber com satisfação em sua residência e me brindar com verdadeiras aulas e valiosas referências bibliográficas e informações que só mesmo um homem deste potencial intelectual poderia saber. Infelizmente, o professor Washington Luiz da Trindade, por motivos de saúde, foi obrigado a renunciar do cargo de orientador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, o que segundo ele o fez com muita tristeza.

A Professora Maria Auxiliadora Minahim, que mesmo super atarefada, ter me aceitado ajudar e me dar o suporte necessário para a elaboração da minha Dissertação no momento mais difícil e decisivo do curso, em que me via sozinha e verdadeiramente preocupada com a renúncia do meu orientador. Confesso que esta grande mulher já vinha, mesmo sem eu saber, me ajudando desde a época da Graduação da UNIME, pois certamente ela contribuiu me ofertando ferramentas que me permearam chegar até o curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia.

A Professora Mônica Neves Aguiar da Silva, pela seriedade e dedicação com que analisou o meu trabalho na ocasião do Exame de Qualificação, me revelando importantes orientações e dicas, as quais, sem sombra de dúvida, serão bem recebidas e significativas para o sucesso da minha Dissertação.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia, especialmente àqueles que tive o privilégio de ter sido meus professores nas matérias cursadas: Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Cerqueira, Saulo Casali, Roxana Borges e Paulo Bezerra.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal da Bahia, em especial à Luiza e Jovino, pela paciência, cooperação e constante disponibilidade em retirar todas as minhas dúvidas a respeito dos requisitos exigidos do Mestrado.

Aos colegas das turmas de Mestrado que convivi e pude compartilhar dificuldades e solidificar uma amizade sincera: Lilia, Misael, Pedro Sabino, Guilherme e Emanuel.

A Frederico Mattos, e aos meus amigos Suênia Michelle, Liliane Xavier e Igor Ramon, por compreender a minha necessidade de estar ausente em certas ocasiões e não dar toda a atenção que eles mereciam.

Obrigado a todos por vocês existirem e fazerem parte de minha vida!

*“Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é  
manter a imagem da Justiça cega.”  
(Maria Berenice Dias)*



## RESUMO

A presente dissertação tem como proposta apresentar uma reflexão sobre a necessidade de proteção da autonomia privada diante da ausência de regulamentação normativa dos direitos referentes às novas entidades familiares. Assim, para devida compreensão do objetivo proposto, faz-se necessário entender que ao passo que a sociedade muda, alguns conceitos e valores também evoluem, tais como: a família atual e os questionamentos dela decorrentes. Embora, ocorrência de significativas modificações no Direito de Família nos últimos anos, a exemplo da inédita decisão do Supremo Tribunal Federal de reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, a realidade familiar brasileira ainda sofre com as conseqüências da ausência de regulamentação normativa das novas entidades familiares existentes na sociedade atual. A realidade plural da família atual não admite que valores morais e conservadores atrapalhem o reconhecimento das novas famílias. Até que sobrevenha regulamentação constitucional, a Hermenêutica principiológica se mostra um instrumento positivo e eficaz que se esforça em prol do reconhecimento das novas entidades familiares, do livre exercício da autonomia privada referente as escolhas sexuais, do abandono das influências advindas do positivismo e da discriminação, e mesmo, por possibilitar o respeito à dignidade humana aos indivíduos que constituíram uma espécie de família diferente dos modelos familiares admitidos legalmente.

**Palavras-chave:** Reflexão. Autonomia privada. Ausência de regulação normativa. Novas entidades familiares. Família atual.

## ABSTRACT

This present dissertation proposes a reflection of a necessity of private autonomy protection in front of lack of normative regulation of the new family's entities rights. To better comprehension of the objective proposes it's necessary understanding that while the society changes, some concepts and values evolve too, as an actual family and it's related questions. Although, occurrence of significant modifications in the Family Rights in the last ages, as a example of the unheard-of Supremo Tribunal Federal decision that recognize the homosexual unions as a family's entities, the Brazilian familiar reality even suffer with the consequences of lack of normative regulation of the new family's entities that exist in the actual society. The plural reality of the actual family doesn't admit that morals and conservative values embarrass the new family's recognition. Until constitutional regulation arises, the Principiologic Hermeneutic shows to be an effective and positive instrument that try hard to achieve the new family's entities recognition, the free exercise of private autonomy concerning sexual choices, the abandonment of the influences resulted from the positivism and the discrimination, and even, for to turn possible the respect of the human dignity to the people that constituted one kind of family different from the family's models legally admitted.

**Keywords:** Reflection. Private autonomy. Lack of normative regulation. New family's entities. Actual family.

## LISTA DE SIGLAS

ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU – Advocacia Geral da União

CF/88 – Constituição Federal de 1988

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

INSS – Instituto Nacional da Previdência Social

LGBT – Lésbicas, gays, bissexuais e transexuais

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

MPF – Ministério Público Federal

PT/BA – Partido Trabalhista da Bahia

PT/SP – Partido Trabalhista de São Paulo

REsp – Recurso especial

RT – Revista dos Tribunais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRS – Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul

TRF – Tribunal Regional Federal

UFBA – Universidade Federal da Bahia

UNISINOS – Universidade Vale do Rio dos Sinos

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO E DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL.....</b>	<b>16</b>
2.1 FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916.....	18
2.2 FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	20
2.3 AUTONOMIA PRIVADA X CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL.....	30
<b>3 NOVAS CONFORMAÇÕES FAMILIARES.....</b>	<b>36</b>
3.1 UNIÃO ESTÁVEL.....	37
3.2 UNIÃO HOMOAFETIVA .....	43
3.3 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.....	53
3.4 FAMÍLIA MONOPARENTAL.....	55
3.5 FAMÍLIA ANAPARENTAL.....	58
<b>4 A HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL.....</b>	<b>60</b>
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA.....	60
4.2 A BUSCA DA VERDADE E DEFINIÇÕES DE PROVA.....	61
4.3 POSTURA DO MAGISTRADO.....	63
4.4 CONTRIBUIÇÕES FILOSÓFICAS PARA A BUSCA DA VERDADE.....	67
<b>4.4.1 Contribuições de Habermas.....</b>	<b>67</b>
<b>4.4.2 Contribuições de Ilya Prigogine.....</b>	<b>71</b>
4.5 A HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FAMÍLIA.....	73
<b>5. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>83</b>
5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	84
<b>5.1.1 A dignidade humana e autonomia privada.....</b>	<b>87</b>
5.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE.....	88

5.3 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO.....	90
5.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPEITO ÀS ALTERIDADES.....	92
5.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR.....	94
5.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	96
5.7 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL.....	97
5.8 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	99
5.9 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.....	102
5.10 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE.....	102
5.11 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL.....	104
<b>6. DIREITO DE FAMÍLIA: RUMO A UMA NOVA REALIDADE.....</b>	<b>106</b>
6.1 NECESSIDADE DE INTERDISCIPLINARIDADE.....	106
6.2 INTERFERÊNCIA ESTATAL.....	108
6.3 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	110
<b>7. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA ACERCA DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES.....</b>	<b>114</b>
7.1 JUSTIÇA FEDERAL.....	115
7.2 TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS.....	118
7.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	133
7.4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	144
<b>8. CONCLUSÕES.....</b>	<b>149</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>153</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>160</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho faz uma reflexão sobre o Direito de Família da atualidade e suas implicações sociais, a partir do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que em 05 de maio de 2011, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Inicialmente, será apresentado o Direito de Família de forma geral e introdutória, sua conceituação, a família pela óptica do Código de 1916, a família após a influência da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Logo após, serão esclarecidas as formas de tratamento jurídico dispensadas à família, as transformações acolhidas pelo direito com o fim de analisar as necessidades atuais e as dificuldades a serem superadas. Dever-se-á também, com o mesmo fim, revelar o processo de constitucionalização do Direito Civil e, por conseguinte, importantes princípios norteadores do Direito de Família. Desta forma, observar-se-á a interferência estatal na autonomia privada das pessoas, sua extensão e validade, sobretudo no que diz respeito ao âmbito no âmbito familiar no qual o Estado deve limitar-se à promoção do exercício dos direitos fundamentais das pessoas, no caso, liberdade, igualdade e respeito às alteridades.

Sabe-se, na verdade, que o direito pós-positivista, reclama uma conformação dos sistemas infraconstitucionais aos princípios, constitucionalizados ou não. Assim, a Constitucionalização do Direito Civil, impõe uma interpretação do Código civilista conforme a Constituição Federal, de forma a proporcionar uma maior articulação entre este ramo do direito as expressões e demandas da sociedade contemporânea. Este processo poderá possibilitar maior igualdade e justiça social, na medida em que permitirá o acolhimento das diferenças individuais, sem desprezar com isso exigências da ordem jurídica.

Ainda com relação ao conceito do Direito de Família, será mostrado que este ainda se encontra influenciado por valores morais tradicionais, que não são mais compatíveis com a evolução da sociedade, a abertura realizada pela Constituição Federal de 1988, que reconhece outras formas de organização familiar. Destaca-se, neste cenário, o julgamento do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, o que vem a reforçar a necessidade de regulação constitucional dos novos arranjos familiares em respeito ao exercício da autonomia privada dos cidadãos no âmbito familiar.

Compreender a família atual e suas expressões e, sobretudo, admitir o aparecimento na sociedade de novos relacionamentos familiares, não é tarefa das mais fáceis, em razão de inúmeros obstáculos, a saber: o conservadorismo e rigor dos tribunais pátrios atinente às questões familiares. Destaca-se, dentre estes obstáculos, a resistência de magistrados em admitir as novas relações, carregando muitas vezes para as decisões seus valores e dificuldades pessoais. A família ainda é, erroneamente entendida, como um grupo que compreende somente pais e filhos, o que manifesta apenas um preconceito há muito arraigado. É necessário, todavia desatrelar o direito de tais preconceitos, favorecendo a regulação das novas formas de família surgidas na sociedade.

Buscar-se-á também, destacar que a necessidade de disciplina legal da matéria em face do importante papel da família na Constituição que mantém o entendimento de que este núcleo é a base de toda sociedade, ambiente no qual a pessoa desenvolve sua personalidade. Assim, destacar-se-ão as transformações já operadas e seu significado no reconhecimento da autonomia privada, bem como na solidificação dos laços familiares e parentais, inclusive para efeitos sucessórios.

Partindo da hipótese que o respeito à autonomia privada implica na aceitação das diversas formas de constituição da família, tem-se como objetivo reclamar a regulação constitucional da família em face de sua evolução e pelas conseqüências que a regulação legal produz.

No capítulo intitulado “Direito de Família: rumo a uma nova realidade” será mostrada a necessidade de entendimento da família sob o viés interdisciplinar, não podendo ser entendida atualmente dissociada de outros saberes.

No capítulo intitulado “A Hermenêutica e a interpretação do Direito de Família atual” serão apresentadas algumas considerações sobre a Hermenêutica, mostrando que a Hermenêutica constitui um importante instrumento na busca da verdade e da correta e justa interpretação das situações concretas relativas à família atual. Nesse intento, faz-se necessário trazer como deve ser a postura do magistrado diante das situações apresentadas, bem como trazer algumas contribuições de filósofos e juristas, as quais servirão como diretrizes fundamentais para entender de que maneira a utilização da principiologia jurídica poderá auxiliar o magistrado na interpretação e julgamento correto das questões familiares atuais.

Por fim, será mostrado também o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio atual acerca do tema, evidenciando a existência de muita polêmica e preconceito que ainda o permeia. A análise da doutrina e jurisprudência pátria reforça a premissa que assim como a sociedade muda, os valores que esta carrega também devem modificar-se, prescindindo que a consciência das pessoas e a legislação reconheçam a necessidade premente de regulação constitucional para o pleno atendimento das muitas questões surgidas na atualidade relacionadas às novas entidades familiares, as quais batem as portas do Judiciário em busca de soluções e reclamando a possibilidade do exercício da autonomia privada para o alcance de sua felicidade.

O presente trabalho será desenvolvido a partir da técnica de pesquisa bibliográfica utilizando-se de livros, artigos específicos, jornais e revistas, dissertações e monografias, bem como de pesquisa documental através das leis e decisões jurisprudenciais pátrias atuais que analisam e comentam a temática apresentada, para que assim seja apresentado o intrincado cenário familiar contemporâneo.

Quanto ao método de pesquisa, será o Método Cartesiano criado por René Descartes, no que será feita: a verificação de fundamentos evidentes e claros acerca da temática estudada, a divisão das dificuldades em partes necessárias a fim de melhor resolução e, sempre iniciando com as situações mais simples para depois enfrentar as mais complicadas e que requerem maior aprofundamento. Ao final, será feita revisão criteriosa e completa para se assegurar que nada de importante foi omitido.

Enfim, com a aplicação deste Método Cartesiano ao cenário do Direito de Família atual pretende-se através do uso da reflexão desmistificar verdades absolutas e imutáveis presentes no ordenamento jurídico atual no tocante ao âmbito familiar, e com isso, facilitar a resolução e esclarecimento destas questões polêmicas.



## 2 EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO E DESAFIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL

Inicialmente, faz-se oportuno mencionar a importância do Direito de Família por ser este entendido como o mais humano de todos os direitos, protetor do ser humano desde antes do nascimento, ao longo de toda sua vida e até mesmo depois de sua morte. E para consecução de tal objetivo, busca proteger e dar segurança ao ser humano, inserir em uma família e se compromete com o respeito da sua dignidade<sup>1</sup>.

De todos os ramos do direito, o Direito de família é o que está mais relacionado com a vida, não existindo, outra instituição tão próxima da natureza do homem como a família. O Direito de Família surge do fato de uma pessoa pertencer a certa instituição familiar, sendo a família fruto e núcleo imprescindível da sociedade, servindo assim como instituição norteadora do Estado.

Por considerar a família a base da sociedade, o ordenamento visa protegê-la disciplinando normas de ordem pública tentando garantir certeza e segurança para o âmbito jurídico familiar. Entretanto, com tal pretensão, o ordenamento acaba estabelecendo uma racionalidade impositiva para a interpretação do Direito, sendo este entendido segundo critérios objetivos e a partir de uma lógica formal rígida e imutável.

Apesar da relevância social que abarca o direito de família e pelo fato da influência de normas de direito público, a natureza do direito de família repousa no âmbito do direito privado por esta disciplina estar voltada para tratar de situações mais íntimas e pessoais dos indivíduos.

O Direito de Família representa o ramo do direito civil que regula as relações decorrentes do casamento, da união estável, do parentesco, e também da afinidade. Enfim, o direito de família visa disciplinar as disposições pessoais e patrimoniais provenientes dos relacionamentos dos integrantes da célula familiar, constituindo-se num direito personalíssimo.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.81.

Em virtude das enormes mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais da sociedade despontam novas formas de convívio, acarretando assim uma completa reformulação do conceito de família nesta realidade mundial globalizada, o qual assume uma feição ampla, plural e multifacetada, e em decorrência disto, revela-se impossível apresentar uma definição precisa da família.

Ocorre que, com as enormes transformações na seara familiar, surgimento de novos tipos de relacionamentos destoantes do casamento, e o enfraquecimento dos valores culturais e religiosos que incutiam fortes influências na sociedade de que o casamento era o tipo de relacionamento mais importante do Direito de Família, o conceito de família foi se desatrelando do casamento, não se encontrando mais limitado a este instituto para sua configuração, pois a família ganhou *status* de autonomia e independência em relação ao casamento, a partir da Constituição Federal de 1988.

Aliado a isso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que apesar do art. 226, § 3º<sup>2</sup> da Constituição Federal determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, o Código Civil torna este procedimento mais engenhoso e oneroso para as partes, na medida em que exige, para a conversão, pedido dirigido ao juiz, presença de advogado e pagamento de custas processuais e honorários, enquanto que o casamento tem como única exigência a habilitação junto ao cartório de registro civil.<sup>3</sup>

Coaduna-se com o entendimento defendido pelos autores Maria Berenice Dias<sup>4</sup> e Pietro Perlingieri<sup>5</sup>, os quais entendem que o elemento caracterizador da família atual não deve estar relacionado ao casamento, às relações de sangue, e muito menos na diferença de sexo do par e sim, na comunhão espiritual e de vida verdadeira que une as pessoas com mesmo objetivo de vida e comprometimento mútuo.

O entendimento pluralista e aberto acerca das famílias, trazido com o art.226, *caput* da CF/88 enseja proteção às espécies de famílias vigentes na atualidade, pois o Direito das Famílias deve estar voltado para a valorização, desenvolvimento da personalidade humana,

---

<sup>2</sup> Art. 226, § 3º da CF/88: “ Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

<sup>3</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.491.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p.42.

<sup>5</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.244.

inclusão e dignidade destas, e não na valorização do patrimônio ou bens materiais em detrimento do ser.

Nos dias atuais, desarrazoado deixar à margem da proteção legal entidades familiares que sejam construídas em bases sólidas e respeitadas, nas quais estejam presentes o dever de colaboração, de solidariedade e de reciprocidade entre os membros da família, entretanto, tais relações familiares devem obedecer aos valores fundamentais do sistema atual, e para tal mister, será necessário a regulação constitucional em prol da plena proteção da autonomia privada destes indivíduos no âmbito familiar.

## 2.1 FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

As raízes históricas da família ocidental tiveram seu ponto de partida no remoto Direito Romano vivendo grande período sob a forma patriarcal, na qual era regida sob a égide do princípio da autoridade de um *paterfamilias*, ascendente comum mais velho, a qual tinha o condão de decidir acerca da vida e da morte dos seus filhos, sendo-lhe permitido inclusive aplicar-lhes quaisquer tipos de castigos. A organização familiar constituía-se assim numa unidade econômica, religiosa, política e jurisprudencial centrada e administrada pelo *pater*, na qual a figura da mulher se encontrava absolutamente subordinada aos desígnios do marido.<sup>6</sup>

Como visto, por muito tempo, o modelo de família predominante foi compreendida como unidade de produção e de reprodução, na qual era regida sob uma organização patriarcal, matrimonializada, hierarquizada, heteroparental e centralizadora.

Na organização familiar romana, o homem exercia sua autoridade de chefe político, jurídico e religioso da família, sendo a mulher considerada submissa e incapaz, e quando se casava passava do domínio do pai para pertencer ao marido.<sup>7</sup>

Feitos breves esclarecimentos acerca do surgimento e característica das primeiras instituições familiares ocidentais, volta-se a atenção para o estudo da estrutura familiar dos

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8.ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2011, p.31.

<sup>7</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.39.

brasileiros, a qual por influência do Direito Romano também regeu-se sob a égide patriarcal, com o fito de reprodução, durante muitos anos, podendo inclusive afirmar que juntamente com a igreja, representou a mais sólida instituição dos brasileiros até o início do século XX.

No século XVII, após a chegada dos portugueses em terras brasileiras, as famílias que se constituíam eram regidas pela legislação portuguesa<sup>8</sup>, a qual defendia obediência aos dogmas da religião católica, que se caracterizava pela monogamia, patriarcalismo e indissolubilidade do casamento. Enfim, forte era a influência da religião católica que, influenciava e ditava as regras a serem seguidas pelas famílias brasileiras daquela época.

Aliado a isso, em decorrência da família refletir certo contexto histórico, pode-se constatar as marcantes influências burguesas do século XIX no Código Civil de 1916, o qual denota o regramento da família sob a égide patrimonializada e hierarquizada<sup>9</sup>, e com muitas normas de cunho religioso e discriminatório contra as mulheres e os filhos.

Gilberto Freyre aduz que a discriminação contra mulher e filhos ocorria desde o descobrimento do Brasil, quando a mulher branca era considerada propícia para o casamento, a mulata para o sexo e a negra para o trabalho, situação que evidenciava o enorme desrespeito com relação à mulher, e submissão desta ao homem. É ressaltado, inclusive, que as moças eram submetidas a um rígido controle patriarcal, devendo obediência aos pais e quando casadas, ao marido. Outra situação de discriminação contra a mulher, se devia a obrigatoriedade das moças casarem ainda muito jovens (com doze ou treze anos de idade), pois acreditava-se que a virgindade tirada mais tardiamente não seria tão especial quanto à das jovens meninas de doze ou treze anos de idade.<sup>10</sup>

Entretanto, tal realidade começou a se modificar na segunda metade do século XIX, quando a estrutura patriarcal começou a definir-se por completo, ao passo que outras formas familiares despontavam na atualidade, como vê-se a seguir.

É cediço que o patriarcalismo sempre estruturou a família puramente levando-se em consideração o aspecto genético, desmerecendo os importantes aspectos afetivos e

---

<sup>8</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.335.

<sup>9</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.47

<sup>10</sup> FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 50.ed. São Paulo: Global, 2005, p.72, 429 e 510.

ontológicos para a compreensão da instituição familiar, situação esta que apresentava um panorama familiar normatizado, incompleto e desumano.<sup>11</sup>

Esses e outros motivos aliado à evolução da sociedade e as inovações constitucionais acarretaram o enfraquecimento e término da antiga estrutura patriarcal.

No dizer de Clóvis Beviláqua, o direito de família estava voltado para disciplinar o casamento e seus aspectos como: a questão da validade, os seus efeitos, os relacionamentos íntimos e patrimoniais decorrentes da sociedade conjugal, o término desta, os relacionamentos entre pais e filhos, o elo de parentesco e os institutos da tutela, da curatela e da ausência.<sup>12</sup>

Como pode-se perceber, durante muitos anos no Brasil, resquícios da estrutura patriarcal foi sentida, pois a família considerada juridicamente pelo legislador do Código Civil de 1916 era a proveniente do casamento civil, sendo esta eleita a única forma admitida de convivência, negando-se reconhecimento e proteção jurídica às outras formas familiares divergentes deste modelo tido como ideal.

## 2.2 FAMÍLIA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Entretanto, com o crescente desenvolvimento tecnológico e industrial, urbanização, inserção das mulheres no mercado de trabalho, evolução dos valores da sociedade, além de muitas modificações comportamentais, acarretaram também uma modificação na estrutura organizacional da família brasileira, conforme observa Carlos Alberto Bittar:

Com a Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o trabalho da mulher em fábricas e, posteriormente, em outras atividades econômicas deflagrou o processo crescente de desagregação familiar, acelerado com o êxodo rural que se lhe seguiu. A Revolução Tecnológica de nosso século, os movimentos de igualização da mulher e, mais recentemente, a denominada Revolução etária, com a liberação dos jovens, acabaram por conferir à idéia de família a sua visão atual, de caráter nuclear, restrita a certo número de pessoas

---

<sup>11</sup> WELTER, 2009, p.51.

<sup>12</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. In: *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol.II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945, p.6.

Assim, a família de nossos dias é integrada apenas pelas pessoas que, com os pais, formam o grupo submetido à comunhão de vida, de domicílio e de patrimônio (pais e filhos não casados), em especial nos grandes centros urbanos.<sup>13</sup>

A família atual começou a se estruturar de forma nuclear, reduzida a um número pequeno de componentes, a qual não mais aceita ser regida por um patriarca, estando a comunidade familiar submetida a uma ordem social democrática.

Ainda com relação ao tema, Rolf Madaleno assevera a importância da CF/88 para o Direito Civil, mas precisamente para o Direito de Família:

Para, portanto, no seio da esperançada sociedade brasileira, uma nova e mais extensa concepção social e jurídica da família, democratizada pelo constituinte de 1988, quando ponderou estender a sua proteção além da tradicional família conjugal, também a família de fato e a entidade monoparental.<sup>14</sup>

A sensibilidade da CF/88 para com os integrantes da família atual pode ser denotada quando esta estende a proteção jurídica tanto para a família oriunda do casamento, como para as famílias que se formam do relacionamento entre o homem e a mulher (união estável) e, também para aquelas formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental), sendo irrelevante o vínculo oficial entre os genitores (conforme o art.226, §§ 3.º e 4.º da CF/88).

O alargamento conceitual da família feito pela Constituição Federal permitiu o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, garantindo a mesma proteção reservada ao casamento, e assim, modifica de maneira revolucionária o entendimento do Direito de Família, que antes só reconhecia os relacionamentos oriundos do casamento.

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 226, disciplinou o que já ocorria de fato na sociedade brasileira, admitindo que a família seja um fato natural, e o matrimônio uma solenidade, adapta, desta maneira, o direito aos questionamentos sociais, estendendo assim a

---

<sup>13</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.3.

<sup>14</sup> MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no Direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.16.

proteção não apenas para as famílias provenientes do casamento, mas também para outros relacionamentos afetivos, tais como, a união estável e a família monoparental.

Com as inovações da CF/88 e reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável dos casais homossexuais, desponta uma nova roupagem no Direito de Família, na qual se caminha para um novo perfil no qual se exige que se deixe para trás alguns obstáculos e discriminações e, com isso se reforça certos valores e princípios, tais como: a isonomia conjugal; respeito à autonomia privada e da menor intervenção estatal; a igualdade e respeito às alteridades; a aceitação da pluralidade das formas familiares; à solidariedade e responsabilidade entre os integrantes das famílias; equiparação das uniões homoafetivas e heteroafetivas; conversão da união estável homoafetiva em casamento; adoção por casais homoafetivos; valorização da família socioafetiva, do afeto e da pessoa nos novos tipos familiares e outros.

Como visto, mostram-se bastantes significativas as inovações decorrentes da CF/88, pois esta conseguiu captar os anseios e transformações sociais, apresentando uma nova ordem de valores, na qual coloca como centro das suas preocupações a dignidade humana, fato que acarretou profundas modificações e progressos para a seara familiar.

Apesar das inovações, a CF/88 ainda não conseguiu banir o tratamento desigual persistente no seio do ordenamento jurídico brasileiro atinente aos novos vínculos familiares que se formam. Deste modo, conforme ressalva Lenio Luiz Streck, é chegado o momento da abertura de uma clareira no Direito e modificação da interpretação deste pelos juristas, para que assim possam surgir novas possibilidades.<sup>15</sup>

Na conjectura atual, mostra-se inviável que o Direito de Família permaneça regido por velhas concepções objetivistas e positivistas que asseguram a certeza e segurança jurídica de suas premissas.

Na doutrina nacional, expoentes como Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Helena Diniz; Julie Cristine Delinski; Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lôbo; Carlos Alberto Bittar; Luiz Edson Fachin; Cristiano Chaves de Farias; Gustavo Tepedino; Rodrigo da Cunha Pereira, Sylvia Mendonça Amaral; Sérgio Resende de Barros sustentam que a estrutura familiar da atualidade confere muita importância à afetividade, não se

---

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.288.

baseando apenas na questão biológica, pois defendem que o fundamental para essas famílias modernas reside na união de seus componentes por verdadeiros laços de afetividade.

Oportunas as palavras da autora Maria Berenice Dias como síntese do entendimento da corrente doutrinária que defende a importância da afetividade na estruturação da família moderna:

O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo, a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.<sup>16</sup>

Infere-se o desejo de ver reconhecida como entidade familiar todas as conformações familiares nas quais se identifique a verdadeira afetividade e o respeito mútuo, sendo irrelevante a existência de casamento ou a diferença de sexo dos conviventes, ou mesmo a capacidade procriativa para caracterização da entidade familiar a ensejar a proteção do Estado.

Novamente, o afeto ganha relevo quando se trata de família atual, o que implica dizer que a extensão conceitual da família feita pela CF/88 representou o rompimento de idéias conservadoras, ensejou a luta pela inserção e reconhecimento judicial dos novos tipos familiares, além de cada vez mais atrair a atenção de novos adeptos, em prol da busca da felicidade, do desenvolvimento e bem-estar da pessoa humana.

Acreditando ser o afeto elemento principal da família atual brasileira, Luiz Edson Fachin esclarece a significação deste para o Direito de Família após a CF/88:

O novo direito de família mostra a crise da noção clássica do direito de família. A nova *ratio* do casamento localiza a relação conjugal, não mais uma unidade de produção e consumo, mas a *affectio maritalis*. O valor socioafetivo da família, uma realidade da existência. Ela se bonifica com o transcorrer do tempo, não é um dado, e sim um construído.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> DIAS, 2010, p.42.

<sup>17</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.320-321.



A concepção de família como unidade econômica evolui para um entendimento socioafetivo, no qual se almeja o desenvolvimento e proteção da personalidade humana, para que possa deslançar e fazer jus ao princípio da dignidade humana. Assim sendo, a evolução do Direito de Família é compreendida como um benefício para as pessoas, na qual são abandonados valores antigos e abraçados outros, tais como: uma nova reformulação da instituição do casamento e dos elementos constitutivos da família na contemporaneidade, e entendimento da afetividade como elemento indissociável da família atual.

A partir dessas modificações, advindas da CF/88, nos é revelado um panorama diferente acerca da família brasileira atual, o qual busca a efetividade da função social da família<sup>18</sup> em nosso ordenamento, assumindo uma feição ampla, plural e aberta, na qual volta sua atenção para a afetividade e solidariedade recíproca, devendo com isso ter o compromisso de propiciar a promoção da dignidade e realização da personalidade de seus componentes, e garantir o direito dos indivíduos de encontrar à sua felicidade.

Como visto, inúmeros são os defensores de uma visão diferente e aberta para o Direito de Família. Belmiro Pedro Welter, inclusive, defende que o Direito de Família condizente com o Estado Democrático de Direito, é o que não admite certos obstáculos como: a religião, verdades absolutas, ingerência estatal indevida e o reconhecimento da família apenas pelo mundo genético normatizado.<sup>19</sup>

Para Belmiro Pedro Welter, o Direito de Família atual deve respeitar a tridimensionalidade, pois em sua concepção, a família deve ser compreendida levando em consideração os mundos genético, afetivo e ontológico.

O antigo entendimento do Direito de Família apenas levando em consideração o aspecto genético constitui uma compreensão inadequada diante das transformações ocorridas na realidade social mundial, além de afrontar os ditames constitucionais ao desmistificar a

---

<sup>18</sup> “Nessa nova arquitetura jurídica, não resta dúvida de que todo e qualquer instituto, necessariamente, tem de cumprir uma função social, uma determinada finalidade, a qual precisa ser observada na sua aplicação, sob pena de desvirtuá-lo da orientação geral do sistema jurídico, criado a partir das opções valorativas constitucionais. Naturalmente, não pode ser diferente na seara do Direito de Família. A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos – é o que se pode chamar de função social da família.” (RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. *A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 69, 01/10/2009 Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em 22/12/2011, p.2.)

<sup>19</sup> WELTER, 2009, p.19.

idéia de igualdade material, do mesmo modo, não faz respeitar o desenvolvimento dos direitos de personalidade, o princípio da dignidade humana e a autonomia privada atinente às questões familiares.

Além disso, o ser humano convive e faz parte dos mundos genético, afetivo e ontológico<sup>20</sup>, que embora distintos, encontram-se interligados permitindo que o ser humano possa realizar-se enquanto pessoa humana em sua plenitude.

Apesar do Direito de família, tradicionalmente, sempre ter sido compreendido por uma feição genética normatizada, com a chegada da CF/88, a família começou a ser compreendida também por valores fundados na ética, na afetividade e na solidariedade, e assim, a Constituição Federal acaba propiciando uma reconstrução da dogmática jurídica, estabelecendo como norte o respeito da dignidade humana como sua meta primordial.

O respeito á dignidade humana estabelecido pela Carta Constitucional como valor supremo, bem como o ensejo gerado a partir daí para a proteção da autonomia privada no âmbito familiar, denota uma atenção maior por parte do legislador constituinte para solucionar situações existenciais e concretas, tal como faz prova, o tratamento dispensado à organização da família, nos artigos 226 e 227 da CF/88.

Nos dias atuais, a evolução do Direito de Família desperta muito interesse de todos na sociedade brasileira, notadamente por conta das muitas mutações por que passou e vem passando o Direito de Família, pela inversão de valores, pela liberação sexual das mulheres, avanço da Biotecnologia e Engenharia Genética, pela igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, pela modificação dos padrões de conduta social e das estruturas de convívio familiar, a globalização, e tantos outros fatores que demonstram a relevância e atualidade do tema versado.

Essas grandes inovações e mutações ocorridas na sociedade entraram em confronto com o modelo tradicional de família, e passaram a incutir a idéia que esta instituição deveria estar comprometida com a realização da pessoa humana e em promover a dignidade e felicidade dos componentes das novas entidades familiares.

Dados do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)<sup>21</sup> manifestam interesse na aproximação da Ciência Jurídica e a Psicanálise, buscando fazer entender os membros das

---

<sup>20</sup> WELTER, 2009, p.20.

famílias como sujeitos desejantes e não como subordinados às regras morais e conservadoras impostas que não prezam pelo bem estar psicossocial de cada pessoa.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, as novas concepções trazidas com a Psicanálise foram muito promissoras para o Direito de Família, na medida em que abalaram e desconstruíram certos valores morais tradicionais considerados como verdades imutáveis para o Direito de Família, e assim, foi possível estabelecer novos valores em que a família é considerada como sendo o espaço destinado à realização da dignidade da pessoa humana<sup>22</sup> e, como sendo uma estruturação psíquica em que cada componente tem sua função específica.<sup>23</sup>

Com efeito, consoantes as palavras do autor Rolf Madaleno, a respeito das mutações no direito de família:

A Carta Política de 1988 cedeu espaço, proteção e, portanto, conferiu *status* e identidade civil à realidade sociológica que encarna diversificadas modelagens de constituição, estrutura e de formatação familiar existentes nesse imenso país e assim procedeu ao retirar do porão de armazenagem das categorias excluídas, as famílias naturais, assim chamadas por terem nascido da informalidade de uma relação afetiva, outrora denominada de concubinato e modernamente rebatizada com a denominação jurídica de união estável.<sup>24</sup>

Como se pode perceber diante das palavras do citado autor, desponta na atualidade uma feição moderna para a família em decorrência do alargamento do seu conceito, tendo como elemento identificador a afetividade, situação que ocasionou o aparecimento de outras conformações e terminologias familiares, tais como: entidade familiar, união estável, uniões homoafetivas, família monoparental, família anaparental, família reconstituída, reprodução assistida, concepção homóloga, heteróloga, filiação socioafetiva e outras formas familiares.

Em conseqüência disso, o antigo conceito de família vai se reformulando, na medida em que esta deixa de ser visualizada como entidade produtiva e reprodutiva voltando-se para uma compreensão socioafetiva, e assim vai ganhando nova feição, agora pautada na ética, na

---

<sup>21</sup>DIAS, Maria Berenice. *O compromisso do IBDFAM*. Disponível em: <[http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont\\_id=1358&isPopup=true](http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=1358&isPopup=true)>.p.12.

Acesso em: 23 abr. 2009.

<sup>22</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n.24, p.138, jun./jul. 2004.

<sup>23</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.13.

<sup>24</sup> MADALENO, 2000, p.16.

solidariedade e na afetividade, com a modificação da sociedade e seus valores, ao passo que torna evidente uma reflexão interdisciplinar para lidar com essa realidade irreversível, polêmica e ainda cheia de preconceitos que persiste no ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa mesma intelecção, o autor André Ramos Tavares ressalta acerca da abertura epistemológica do Direito Constitucional e conseqüente necessidade de interpretação de suas normas e da realidade com o auxílio das outras ciências.<sup>25</sup>

Na atualidade, a interdisciplinaridade se mostra cada vez mais necessária para a compreensão da família, a qual requer seja estudada observando sua comunicação com outras áreas, a exemplo da Biologia, Sociologia, Psicologia, Filosofia e muitas outras.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ressaltam que em virtude da enorme gama de fatores e acontecimentos de diversas ordens em nossa sociedade, não se pode definir um tipo familiar uniforme, devendo a família ser entendida levando-se em consideração as transformações sociais, valores e ideais existentes em cada época.<sup>26</sup>

Como visto, a concepção de família não se mantém estática. A família atual procurando acompanhar a evolução da sociedade e atender os mais diversos anseios humanos, revela-se em constante processo de modificação e reconstrução dos seus valores e elementos constitutivos.

E, como exemplo dessas modificações, pode-se apontar o fato de nos dias atuais ser considerado amplamente normal e corriqueiro os relacionamentos sexuais sem a obrigatoriedade do matrimônio, pois hoje com os métodos contraceptivos o sexo passa da finalidade meramente procriativa para a busca do lazer e do prazer entre as pessoas.

Ocorre que, cada vez mais, o matrimônio não é mais considerado a única maneira possibilitadora de relacionamentos sexuais, além de não ter necessidade da realização do sexo para a procriação.<sup>27</sup>

Aliado a isto, o desenvolvimento da Biotecnologia possibilitando o surgimento de várias formas de procriação humana sem necessidade de contato sexual, tem trazido muitos questionamentos de cunho ético, médico e sociológico para serem resolvidos pela seara

---

<sup>25</sup> TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p.51.

<sup>26</sup> FARIAS; ROSENVALD, 2010, p.3.

<sup>27</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.30.

jurídica<sup>28</sup>. Tais inovações biotecnológicas demonstram ser mais um exemplo que vem ressaltar a necessidade de modificação da estrutura conceitual familiar diante deste novo paradigma social, o qual não mais se mostra moldado por premissas antigas e conservadoras.

Ocorre que essas e outras mudanças de paradigmas na estrutura familiar já são evidentes na sociedade, embora encontrem resistência da legislação quando da normatização, fato que acarreta vácuos legais e inúmeros processos nos tribunais pátrios.

O Direito de Família atual revela-se com outro perfil, na qual as suas premissas iniciais não mais condizem com a realidade atual. A família da contemporaneidade está estruturada sob a égide da repersonalização, do afeto, da pluralidade, estando a preocupação primordial centrada na pessoa, e não nos valores de cunho patrimonial.

Apesar das muitas conquistas trazidas com a Constituição Federal na área familiar, é fato que a justiça brasileira ainda tem uma postura muito conservadora quando o assunto é relacionado às questões familiares, pois esta nega inserção no âmbito jurídico àqueles que vivem de modo diferente ao padrão tradicional considerado como o correto, situação esta que obstaculariza sobremaneira o reconhecimento dos novos vínculos familiares.

Diante da evolução da sociedade, o aparecimento das novas formas familiares é uma realidade inevitável, devendo para estas conformações familiares serem criadas normas regulamentadoras que disciplinem a respeito desta situação.

É cediço que muitas modificações ocorreram na organização, na composição, função, governo e na conduta dos membros da família da atualidade, o que trouxe muitas conquistas e foi muito benéfico para a sociedade. Mas, ainda assim, o Direito de Família continua carente de reforma e atualização para atingir o ideal de justiça, situação que só acontecerá se o Direito de Família estiver em consonância com uma interpretação hermenêutica constitucional e com os princípios norteadores do Direito de Família.

No Estado Democrático de Direito vivente, no qual se deve primar pela observância do princípio da dignidade humana, não mais se admite intolerância e preconceito aos relacionamentos afetivos que destoam do relacionamento homem e mulher.

---

<sup>28</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.85.

Idéias preconceituosas e conservadoras, conjuntamente com alegação de falta de previsão legal dos novos vínculos familiares, entendimento da lei como única fonte de Direito, o intérprete e operador do Direito restringir-se ao disposto nos códigos, ingerência estatal indevida não podem servir como justificativas aceitáveis a entravar o reconhecimento jurídico a estas novas famílias.

Assim com os valores sociais mudam, o Direito, ciência jurídica dinâmica que é, deve também acompanhar essas mutações e encontrar soluções viáveis utilizando-se de todos os recursos que lhes são postos à disposição para disciplinar devidamente o Direito de Família contemporânea.

A reflexão acerca do novo cenário da família atual se faz necessária para trazer à tona a necessidade de se ter um entendimento interdisciplinar sobre a temática, observando a mudança de comportamento dos membros familiares ao longo dos tempos e a análise da sexualidade humana, pois se mostra imprescindível o congraçamento com outros ramos de conhecimento para que sejam rompidos os obstáculos para o reconhecimento dos direitos a estes novos arranjos familiares.

Aliado a isso, o enorme número de ações interpostas no Judiciário versando sobre os novos relacionamentos familiares, retira qualquer dúvida acerca da importância do estudo da temática proposta, para esclarecer devidamente em que consiste a família atual, sua estruturação, os deveres e direitos dos seus membros e, para dar a solução mais acertada e justa a estes novos questionamentos.

Deste modo, diante do entendimento do constante processo evolutivo da família, necessário se faz a legitimação do reconhecimento dos novos relacionamentos familiares, em prol da resolução das inúmeras controvérsias relativas ao âmbito familiar, do bem estar psíquico e social das pessoas, do respeito ao Estado Democrático de Direito e, ao princípio da dignidade humana, e da almejada proteção à autonomia privada nos relacionamentos afetivos.

### 2.3 AUTONOMIA PRIVADA X CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

A importância de se estudar o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil e sua implicação para o Direito Privado reside na reflexão sobre importantes questionamentos que acometem o Direito de Família na pós-modernidade, tais como: a auto-regulação do Direito Privado, a unidade do ordenamento jurídico, a eficácia direta dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, a atuação do julgador neste contexto pós-moderno, e o surgimento da Hermenêutica Principlológica como instrumento que pode ser colocado à serviço do reconhecimento das novas famílias.

A autora Mônica Neves Aguiar da Silva Castro defende que o direito à vida privada constitui o direito que possui as pessoas físicas de excluir certas informações, sentimentos, emoções, pensamentos, e preferências reveladoras de sua personalidade psíquica.<sup>29</sup>

Resta evidente que dentre as hipóteses enunciadas pela autora em comento, também se pode incluir a questão da orientação sexual dos indivíduos.

Mais adiante, Mônica Neves Aguiar da Silva Castro prossegue, chamando a atenção para a necessidade de respeito à vida privada. Vejamos o que foi dito:

Sobre essa questão é bom anotar que a doutrina brasileira vem traçando novos parâmetros de família, além daqueles relacionados no comando constitucional referido – a resultante do casamento, a decorrente da união estável e a monoparental – para alcançar outras, muito comuns na atualidade, que se estabelece entre pessoas do mesmo sexo ou integradas por filhos de casamentos desfeitos e novos parceiros dos pais.<sup>30</sup>

Nessa perspectiva, é evidenciado que diante das significativas modificações no perfil familiar, se mostra inadmissível coadunar com o desrespeito ao direito à vida privada por ser este elemento essencial e integrante do direito de personalidade.

---

<sup>29</sup> CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.36.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.37-38.

Definir precisamente a proteção da autonomia privada dos integrantes das novas entidades familiares em face da ausência de previsão constitucional é uma tarefa muito polêmica nos dias atuais. E para tanto, se faz imprescindível um congraçamento entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, pois não se deve coadunar com a aplicação das normas constantes do Direito Civil se estas apresentarem objetivos diferentes da Lei Maior.

É sabido que o processo de constitucionalização do Direito Civil se manifestou claramente a partir do advento da Constituição Federal de 1988, época em que os principais pilares do Direito Civil, tal como a família, passaram a ser tutelados em âmbito constitucional, o que ensejou o aparecimento de uma nova Hermenêutica destinada ao atendimento dos novos valores e modificações ocorridas na sociedade brasileira.<sup>31</sup>

A constitucionalização do Direito Civil também é relacionada pelos juristas através de duas expressões: *Drittwirkung e Station Action*.<sup>32</sup> A doutrina e jurisprudência germânicas, por exemplo, relacionam a *Drittwirkung* a irradiação das normas constitucionais na ordem jurídica civil, embora também podem encontrar outras expressões que pretendem definir o mesmo fenômeno, quais sejam, vigência horizontal, aplicação horizontal, eficácia externa, e privatização dos direitos fundamentais.<sup>33</sup> No Brasil, o processo de constitucionalização do Direito Civil está relacionado a eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico civil.

Não obstante, a constitucionalização do Direito Civil ou eficácia direta dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados na ordem jurídica privada permanecer a impulsionar o projeto da modernidade de estruturar a sociedade conforme os valores da razão, da justiça e do progresso.<sup>34</sup> Os malefícios da constitucionalização do Direito civil podem ser evidenciados quando da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados na ordem jurídica privada.

---

<sup>31</sup> ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coords). *Famílias no Direito contemporâneo* – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Juspodivm, 2010, p.29.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Civilização do Direito constitucional ou constitucionalização do Direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica-civil no contexto do Direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.109.

<sup>33</sup> CANOTILHO, 2001, p.109-110.

<sup>34</sup> Ibid. , p.114.



É sabido que este fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, apesar de ter trazido muitas conquistas, também pode ocasionar prejuízos para a ordem jurídica privada em virtude da predominância das normas constitucionais sob o Direito Privado, a ponto deste direito perder a sua autonomia para regular as questões cíveis, as quais ficariam sendo regidas sob a égide dos direitos fundamentais.

As conseqüências da constitucionalização do Direito para o âmbito do Direito Privado é ressaltada por José Joaquim Gomes Canotilho:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas –legais ou contratuais – vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia direta dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a conseqüência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em “direito de não-liberdade” do direito privado.<sup>35</sup>

Deste modo, nenhum ramo do Direito, e essa ressalva abarca o Direito Privado, não deve estar dissociado das normas constitucionais, o que também não significa irrestrita observância dos direitos fundamentais a ponto do Direito Privado perder o seu espaço de auto-regulação civil.

Partidário deste mesmo entendimento, Ricardo Luiz Lorenzetti reafirma o caráter negativo da incidência irrestrita dos direitos fundamentais sob o Direito Privado:

Mencionamos os direitos fundamentais ao desenvolver o paradigma do Direito Privado como proteção do indivíduo particular. Ressaltamos que o princípio de centralidade da pessoa produziu uma rearticulação do sistema em torno de “núcleos duros” de normas fundamentais, cuja pretensão é a proteção do indivíduo.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, 2001, p.113.

<sup>36</sup> LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.289.

Ocorrendo a hipertrofia do Direito Privado pelos direitos fundamentais estaria sendo permeada a intromissão demasiada neste âmbito, e conseqüentemente, estaria sendo negado o compromisso assumido pelo fenômeno de constitucionalização do Direito Civil em prol da modernidade.

Além disso, o compromisso com a modernidade e o progresso da sociedade, inicialmente objetivados pelo processo de constitucionalização do Direito se revelam em conflito com os valores constantes da realidade plural das novas famílias brasileiras, as quais prescindem do direito à autonomia privada para a consecução do seu ideal de felicidade.

Neste contexto atual, ou seja, neste mundo da pós-modernidade, se faz necessário o reconhecimento da ocorrência de certas mutações e da consagração de novos valores, tais como, respeito às alteridades e particularidades, indeterminação e relativismo das situações atuais.<sup>37</sup>

A nova realidade advinda do pós-positivismo acarreta uma situação bastante delicada para os intérpretes e operadores do Direito, os quais ficam divididos entre a aplicação da eficácia dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados ou a auto-regulação do Direito Privado. Neste impasse, o intérprete do Direito de Família atual se mostra estar em conflito no tocante a encontrar adequadamente respostas para a questão da pluralidade das formas familiares, haja vista não poder contar ainda com a previsão constitucional.

A ausência de previsão constitucional acerca da autonomia privada dos integrantes das novas formas familiares, os novos anseios da sociedade pós-positivista, ensejam os julgadores a utilizarem uma Hermenêutica Principiológica mais condizente com o mundo pós-positivista.

O processo de constitucionalização do Direito Civil propiciou a utilização de uma nova Hermenêutica voltada a solucionar os relacionamentos jurídicos privados, sendo o Direito de Família o ramo do Direito que mais foi influenciado pelo processo de constitucionalização do Direito Civil, o que faz prova o início de uma progressiva utilização pelos intérpretes do Direito de uma principiológica constitucional inserida numa nova tábua axiológica, a qual coloca a pessoa humana como centro primordial de todas as suas preocupações.

---

<sup>37</sup> CANOTILHO, 2001, p.114.

A repersonalização das relações jurídicas privadas advindas com o fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como valor intrínseco a todas as pessoas.

Assim sendo, o respeito à dignidade da pessoa humana nas relações de família deve ser estendida a todos os integrantes do grupo familiar, independentemente da forma familiar constituída. Entretanto, não se pode esquecer que para concretização deste intento deverá ser permeada a livre manifestação da sexualidade dos indivíduos, ou melhor, deverá ser permeado o exercício da autonomia privada dos indivíduos com relação as suas escolhas sexuais.

Nesse passo, um questionamento nos acomete e merece ser respondido: Porque interpretar o Direito Civil segundo a égide constitucional, se nem mesmo a Constituição Federal disciplina expressamente acerca das novas famílias?

Na concepção de Ricardo Luiz Lorenzetti, a incidência das normas constitucionais sob o Direito Privado tem justificativa no fato da Constituição Federal ser fonte de normas fundamentais jusprivatísticas, o que significa ser fonte de princípios e de regras jurídicas. Com relação aos princípios jurídicos, a CF/88 assinala as bases informadoras do Direito Privado, na medida em que apresentam função integradora e de aplicação. A Constituição como fonte de regras de Direito Privado tem importância essencial, pois servem para a orientação do juiz, das partes, do legislador, podendo ter eficácia direta ou indireta.<sup>38</sup>

Entretanto, o entendimento que melhor responde este questionamento tem esteio na necessidade de compreensão que as hipóteses de famílias elencadas na CF/88 não são taxativas, deste modo, o fato das novas famílias não constarem expressamente previstas na Carta Magna, não deve ser empecilho ao entendimento do sistema jurídico constitucional como sendo estrutura normativa aberta, ou seja, a CF/88 funciona como uma regra de inclusão, que mesmo sem expressa previsão em seus dispositivos acerca das novas famílias, nem por isso deixa de oferecer subsídios implícitos para a interpretação do Direito de Família atual, na medida em que propicia ser valorado sob uma nova tábua axiológica que eleva a pessoa humana como um dos seus valores primordiais, a ser respeitado de forma incontestável por todos na sociedade.

---

<sup>38</sup> LORENZETTI, 1998, p.258.

Partindo desta premissa, o Direito Civil, e especificamente o Direito de Família a ser interpretado conforme as normas constitucionais, deve ser interpretado também nesse sentido de entendimento de estrutura normativa aberta, a qual não se revela preso exclusivamente aos ditames legais e outros elementos que impeçam a necessidade de comunicação da CF/88 e do Direito de Família com os novos anseios dos indivíduos na contemporaneidade.

### 3 NOVAS CONFORMAÇÕES FAMILIARES

Ao longo dos anos, o Direito de Família constituiu o ramo do Direito Civil que mais concentrou a atenção do Direito Privado. A família, apesar de ter sido protegida por diversas leis, tratados internacionais, e até mesmo, reconhecida constitucionalmente, ainda tem como característica essencial ser um grupo de integração, na medida em que propicia aos indivíduos a possibilidade de desenvolvimento de sua personalidade, além de ser também um grupo institucional, em virtude do relevante papel na estruturação da sociedade.

A família sofreu significativas modificações na sua composição, natureza, funções, e também em sua concepção, notoriamente depois do surgimento do Estado Social, no decorrer do século XX. Ao longo do tempo, a família foi relacionada a diversas funções, tais como: a religiosa, política, econômica e procracional. Entretanto, conforme Paulo Lôbo, “a família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3.º I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade”.<sup>39</sup>

Nessa sociedade plural hodierna, a afetividade se revela como elemento imprescindível e definidor da união familiar, a ponto da afetividade, desenvolvida no ambiente de convivência e solidariedade, ser considerada como sendo função básica da família dos tempos atuais.

Segundo Paulo Lôbo, o modelo das famílias constitucionalizadas contemporaneamente colide com a pluralidade das formas familiares existentes. Em sua concepção, o consenso, a solidariedade, e o respeito à dignidade das pessoas já se apresentam como fundamentos dessa mudança paradigmática<sup>40</sup>, os quais dão sinais da necessidade de uma compreensão meramente exemplificativa dos dispositivos constitucionais que definem as formas familiares, no intuito de se obter a inclusão social, situação que apenas será concretizada mediante interpretação mais condizente com o contexto social.

Apesar das significativas modificações e conquistas perpetradas no Direito familiar após o advento da Constituição Federal de 1988, pode ser verificado nos dispositivos constantes da Constituição Federal de 1988, e do Código Civil de 2002, que a legislação

---

<sup>39</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.18

<sup>40</sup> *Ibid.*, p.33.

brasileira apenas dispõe expressamente de três formas familiares como sendo espécies de famílias admitidas, quais sejam: matrimonial, monoparental e união estável heterossexual. É sabido que essas três admitidas espécies familiares já representam uma grande conquista no tocante a codificação civilista de 1916, a qual apenas reconhecia a família casamentária como entidade familiar, mas é fato que outras formas familiares foram deixadas na marginalidade social, tais como as espécies constituídas por irmãos, tios e sobrinhos, avós e netos, e mesmo, os relacionamentos entre casais homossexuais.

Apesar de todas as conquistas dos últimos anos referentes ao Direito familiar, este ainda convive com muito preconceito, questionamentos e omissões normativas a entravar o exercício da autonomia privada das novas entidades familiares em tempos de pós-positivismo. A nova e inquestionável realidade familiar que se desenvolve em meio ao crescimento dos números de divórcios, da proliferação das famílias monoparentais, desenvolvimento Biotecnológico, decréscimo do número de filhos, paternidade sócioafetiva, adoção e reconhecimento homoafetivo, e outros, demonstram que o cenário atual do Direito de Família não permanece o mesmo, o que faz prova o aparecimento das novas conformações familiares, tal como será revelado nas linhas que se seguem.

### 3.1 UNIÃO ESTÁVEL

A união estável ou união livre entre um homem e uma mulher apresenta significativo papel como entidade familiar na sociedade plural brasileira, eis que, hodiernamente, pode ser verificada a existência de muitas pessoas, especialmente das últimas gerações, que tem escolhido a união estável como forma de constituição de família em detrimento do matrimônio.

Flávio Tartuce lembra a seguinte situação ocorrida:

Não se deve esquecer que antes da existência da possibilidade de divórcio no Brasil, muitos conviviam em união estável, apesar de casados no papel, mas separados de fato. Nessa situação desconfortável, a união estável não era, muitas vezes, adotada por opção, mas sim por falta de opção.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. v.5. 6.ed. São Paulo: Método, 2011, p.281.

A Constituição Federal reconheceu o que muito já vinha acontecendo com relação a forma de constituição familiar dos brasileiros, que vinham se unindo, cada vez mais, sob a forma de união estável.

Na concepção de Rolf Madaleno, a consagração da união estável pela Constituição Federal de 1988 como espécie de família, não aconteceu por acaso, sendo esta forma familiar concebida em decorrência da realidade histórica que não se mostra mais condizente com a prevalência de desigualdades de direitos entre homens e mulheres.<sup>42</sup>

Acresce a esta nova realidade social mais reivindicativa, a grande contribuição da jurisprudência, que se mostrou um importante instrumento em prol do reconhecimento à divisão proporcional de bens adquiridos durante a antiga convivência denominada de concubinato impuro, sendo estes bens considerados como de esforço de ambos os partícipes do relacionamento.

Ao conferir, inicialmente, direitos aos concubinos, por intermédio da Súmula 380 do STF<sup>43</sup>, a jurisprudência realizou importante papel no sentido de ter colaborado com a consagração da união estável como espécie de família admitida pela CF/88, e que deveria ser tutelada pelo órgão estatal, o que futuramente também foi muito benéfico para os atuais companheiros/conviventes da união estável, pois a estes foi permitida por lei a presunção de que os bens amealhados na constância da união estável sejam considerados como fruto do trabalho e da colaboração recíproca destes.<sup>44</sup>

A partir da previsão do art.226, §3.<sup>o45</sup> da CF/88, a união estável, também compreendida como sendo o relacionamento constituído no companheirismo, pôde também ser considerada como uma legítima forma de constituição familiar, na qual as pessoas poderiam se realizar dignamente como ser humano.

Oportunas as palavras de Eduardo Cambi acerca da família contemporânea:

---

<sup>42</sup> MADALENO, 2000, p.41.

<sup>43</sup> Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

<sup>44</sup> MADALENO, loc. cit.

<sup>45</sup> Art.226, §3.º: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

Constituída ou não pelo casamento, está substancialmente, calcada por laços de afeto, solidariedade e cooperação: não é mais o indivíduo que existe para a família, mas a família e suas formas de constituição que existem para o desenvolvimento pessoal do indivíduo, em busca de sua aspiração de felicidade.<sup>46</sup>

A realidade social mudou, não mais comporta o Estado impor a maneira de constituição familiar. As pessoas têm o direito de escolher a forma de constituição de sua família, desde que pautadas em verdadeiros laços de afeto, amor, solidariedade e comprometimento mútuo, o que significa atender os requisitos constantes do art.1.723<sup>47</sup> do Código Civil em vigência.

A união estável, considerada entidade familiar, tem efeitos patrimoniais e pessoais, conforme disposto no art.1.724 do CC de 2002, compreendidos no dever de lealdade, respeito mútuo, assistência moral, afetiva, patrimonial e espiritual, dever de guarda, sustento e colaboração com a educação dos filhos.

Das disposições do art.1.724 do CC de 2002, inclusive, relacionado aos direitos patrimoniais, são aplicados à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Assim sendo, se constata que foram assegurados na legislação os mesmos deveres previstos para o matrimônio.

Com relação à existência dos requisitos constitutivos da união estável, o intérprete do direito deve observar as situações concretas para a verificação da sua existência. Os requisitos exigidos para a constituição da união estável são: publicidade (a união deve ser pública e notória); continuidade (sem haver interrupções) e duradora (que seja demonstrada que os companheiros ou conviventes tenham objetivos de constituição de família).

A despeito dos requisitos para a formação da união estável se revelarem muito subjetivos, se faz imprescindível trazer alguns entendimentos para saber como a jurisprudência pátria tem se posicionado atualmente.

---

<sup>46</sup> CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coords). *Direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. Revista dos Tribunais, vol.4, São Paulo, 1999, p.133.

<sup>47</sup> Art. 1.723 do CC: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.



O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou a constituição da união estável na situação de namoro longo, alegando que neste relacionamento não estava presente o objetivo de constituição de família:

(...) Realizaram várias viagens juntos, comemoravam datas festivas e familiares, participavam de festas sociais e entre amigos, a autora realizava compras para a residência do réu – pagas por ele -, às vezes ela levava o carro dele para lavar, e consta que ela gozou licença-prêmio para auxiliar o namorado num momento de doença. Contudo, ainda que o relacionamento amoroso tenha ocorrido nesses moldes, nunca tiveram objetivo de constituir família. Isso porque, ainda que ambos fossem livres e desimpedidos – ela solteira e ele separado – permaneceram administrando separadamente suas vidas.<sup>48</sup>

Corroborando da mesma linha de pensamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo se posicionou:

Reconhecimento e dissolução de união estável. Improcedência. Adequação. Relacionamento amoroso que constituiu namoro, com mera projeção para a vida em comum. Recurso improvido. Embora a apelante tenha contraído empréstimos, ao que tudo indica, para auxiliar o apelado, dando-se a aquisição e venda de imóvel por eles adquirido, o relacionamento constituiu mero namoro, sem configurar união estável, uma vez que, apesar do longo tempo em que estiveram juntos, não se aperfeiçoou o requisito da configuração de família, nem tampouco os de mútua assistência e lealdade. A autora não participava do cotidiano do outro, a afastar, pois, o reconhecimento de sua tese, não havendo nos autos nenhuma foto do relacionamento do casal, nenhum dado objetivo a permitir o reconhecimento de união estável.<sup>49</sup>

A partir do posicionamento do TJRS e do TJSP, percebe-se que estes tribunais não se afastam dos preceitos dispostos no art. 1.723 do CC/02. O entendimento destes tribunais, assim como a maioria da jurisprudência pátria, consideram que a constituição de família é o elemento que distingue o namoro de uma união estável. Em sendo assim, se existe objetivo futuro de formação de família, está configurada o relacionamento de namoro, ao passo que, se já tem uma família constituída, os tribunais entendem pela caracterização da união estável.

<sup>48</sup> TJRS, Processo 70008361990, 4.º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decisão de 13.08.2004.

<sup>49</sup> TJSP, Apelação com revisão 591.772.4/3, Acórdão 3696215, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j.23.06.2009, *DJESP* 17.07.2009.

Inicialmente, se considerava a expressão concubinato como sendo sinônima de união estável. Neste antigo entendimento, a concubina seria a companheira. Hodiernamente, não pode mais o intérprete do direito confundir as duas expressões, sob pena de se incorrer em erro. Ocorre que, em virtude de atualmente ainda os estudiosos do direito ainda confundir tais expressões, se faz imprescindível fazer uma breve explicação acerca das diferenças entre a união estável e o concubinato.

O concubinato *lato sensu* pode ser classificado em concubinato puro e concubinato impuro, sendo estes bem definidos por Flávio Tartuce, na seguinte transcrição de suas palavras:

- a) concubinato puro – trata-se da união estável, hipótese em que os companheiros são viúvos, solteiros, divorciados ou separados de fato, judicial ou extrajudicialmente; desde que preenchidos os demais requisitos caracterizadores da entidade familiar em debate. A competência para apreciar as questões envolvendo a união estável é da Vara de Família.
- b) Concubinato impuro – convivência estabelecida entre uma pessoa ou pessoas que são impedidas de casar e que não podem ter entre si uma união estável, como é o caso da pessoa casada não separada de fato, extrajudicialmente ou judicialmente, que convive com outra.<sup>50</sup>

O Código Civil de 2002 também adotou esta distinção, ao estabelecer em seu art. 1.727 que: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, constitui concubinato”. Tal disposição da lei ao fazer referência ao concubinato, resta claro que a mesma está se referindo ao concubinato impuro, o que nos permite elencar as situações de caracterização do concubinato, como sendo as seguintes:

- a) pessoa casada não separada (art.1521, VI do CC);
- b) havendo impedimento de parentesco consangüíneo (ascendentes e descendentes ou irmãos), conforme art. 1.521, I e IV, do CC.
- c) havendo impedimentos decorrentes de adoção (art. 1.521, III e V, do CC);

---

<sup>50</sup> TARTUCE, 2011, p.292.

- d) impedimentos em virtude de parentesco por afinidade (por exemplo, sogra e genro, sogro e nora), conforme art.1.521, II do CC.
- e) havendo impedimento decorrente de crime (art.1.521, VII, do CC).

Flávio Tartuce completa que o concubinato, anteriormente denominado de impuro, hoje é apenas referenciada como concubinato, não sendo considerada entidade familiar, mas apenas sociedade de fato. Ao concubinato, vem sendo aplicado a Súmula 380 do STF, permitindo ao concubino ter direito aos bens amealhados pelo esforço recíproco, sendo a questão de competência da Vara Cível, em virtude deste relacionamento não ser considerado uma entidade familiar<sup>51</sup>.

Em virtude do concubinato não ser considerado como entidade familiar pela lei, o concubino não tem direito de postular alimentos, direitos sucessórios ou meação, conforme se pode verificar do entendimento do STJ:

Concubinato. Sociedade de fato. Direito das obrigações. 1.Segundo entendimento pretoriano, a sociedade de fato entre concubinos é, para as conseqüências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica. 2. Recurso não conhecido.<sup>52</sup>

Em respeito aos valores da família, também se pode apontar a acertada decisão da Min. Nancy Andrighi, que se posicionou inadmitindo a caracterização da união estável, tal como se observa:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como

---

<sup>51</sup> TARTUCE, 2011, p.294.

<sup>52</sup> STJ, REsp 229.069/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 26.04.2005, DJ 16.05.2005, p.351.

ser conferido *status* de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido.<sup>53</sup>

Admitir a caracterização da união estável nesta situação concreta em análise, significaria dar azo ao reconhecimento de relacionamentos plúrimos, admitir o reconhecimento da pluralidade de casamentos, enfim, admitir a bigamia. É sabido por todos que a aceitação de tal conduta estaria em flagrante afronta aos valores constantes do Estado Democrático de Direito, que prima pelo respeito ao princípio da monogamia.

Não demais lembrar que, o princípio da monogamia apresenta como uma de suas essenciais premissas, o dever de lealdade e fidelidade nos relacionamentos. Assim, diante da presença de deslealdade nos relacionamentos plúrimos, descabido se mostra o reconhecimento da união estável em tais situações adversas.

### 3.2 UNIÃO HOMOAFETIVA

Após o estudo da união estável, seguiremos, a partir de agora, ao estudo de um tema considerado ainda mais polêmico, que é a união homoafetiva.

A marginalização da homossexualidade é fato muito antigo, ocorrendo desde os primórdios da humanidade e em todas as partes do mundo. Entretanto, as religiões representaram as maiores difusoras de preconceito e perseguição contra a homossexualidade.

Na Legislação Mosaica, por exemplo, a união homoafetiva era entendida como sendo uma união proibida<sup>54</sup>, não sendo permitido ao homem manter relacionamento afetivo com outro homem do mesmo sexo, sob pena de morte. Para a igreja católica eram proibidas as relações entre pessoas do mesmo sexo, considerando abominável este tipo de relacionamento.

O cristianismo considerado religião oficial até a época republicana no Brasil, abençoava apenas as relações heterossexuais provenientes do casamento, relegando todas as outras formas de relacionamento à marginalidade por considerá-las moralmente

---

<sup>53</sup> STJ, REsp 931.155/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3.<sup>a</sup> Turma, j.07.08.2007, DJ 20.08.2007, p.281.

<sup>54</sup> BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e novo testamento*. Traduzido por: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão cultural do livro. Levítico: Uniões abomináveis: 18:22.

inadmissíveis. Ainda, no entendimento da religião católica, o sexo era visto como ato pecaminoso, somente permitido com recato quando do casamento e para a procriação da espécie humana.<sup>55</sup>

Maria Berenice Dias ressalta que o preconceito contra a homossexualidade já existia desde a época da religião cristã.<sup>56</sup> Mas o enfraquecimento do poderio da igreja na sociedade ensejou o fim ao implacável seguimento as suas determinações e assim, possibilitou surgir modificações na estrutura familiar dos brasileiros.

Dentre essas modificações está a busca por uma construção de um conceito plural de família na qual se possa inserir socialmente, afastar o preconceito e reconhecer os direitos daqueles que se relacionam afetivamente com pessoas do mesmo sexo.

Em tempos que prima pela defesa dos direitos humanos, não pode o Estado impedir que a família garanta a cada um dos seus integrantes o direito de buscar a sua felicidade.<sup>57</sup>

A partir de meados dos anos 60 e início dos anos 70 emergiu consideravelmente inúmeras outros tipos de manifestações sexuais na sociedade e, apesar de ainda existir muitas resistências ao reconhecimento dos direitos dos homossexuais, principalmente por parte de grupos conservadores, é sentido atualmente que muitas conquistas foram alcançadas por conta da mudança de mentalidade das pessoas que passaram a ser mais tolerantes e reivindicativas.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência timidamente tratavam da homoafetividade<sup>58</sup>, no que opunham resistência e ressaltavam a impossibilidade de seu reconhecimento legal pelo fato destas uniões destoarem do modelo de família considerado ideal e correto pela sociedade.

Apesar do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, ainda se têm resquícios de sentimento de repulsa e preconceito na sociedade quando se trata da

---

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 39-40.

<sup>56</sup> DIAS, 2009, p.41.

<sup>57</sup> Ibid., p.42.

<sup>58</sup> Explicação dos motivos que levaram Maria Berenice Dias à criação do neologismo: “É sobre a expressão homoafetividade, neologismo que cunhei buscando quebrar paradigmas. Não só afastar o uso de termos marcados pelo preconceito, mas muito mais para deixar evidenciado que a origem do vínculo que une os pares – sejam do sexo que forem – é o afeto. Assim, melhor do que falar em heterossexualidade e homossexualidade é passar a usar os vocábulos heteroafetividade e homoafetividade”. ( DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.12.

homossexualidade, o que faz deste uma das causas responsáveis pela ausência de regulação constitucional. Tal situação foi seguida pelo legislador ordinário, que apesar do Código Civil ser legislação nova também mostra-se omissa e não faz referência à questão dos homossexuais.

Mais uma vez, se mostra importante se valer das palavras da ex-Desembargadora Maria Berenice Dias para iluminar nosso entendimento acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas:

(...) a união homoafetiva merece ser reconhecida como entidade familiar, pois tem como fundamento de constituição o mesmo alicerce presente nas demais: o afeto. Comprovada a existência de relacionamento duradouro, em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, se está frente a uma entidade familiar, forma de convívio que goza da proteção constitucional. Nada justifica que se lhe negue reconhecimento. Passando duas pessoas a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar à semelhança da união estável, independentemente do sexo a que pertencem.<sup>59</sup>

O silêncio da lei, ou melhor, a falta de regramento na Constituição Federal no tocante às uniões homoafetivas contribui sobremaneira para que alguns magistrados permaneçam passivos com relação a estas questões, além de acarretar injustiças e excluir da sociedade as pessoas que vivem desta maneira e estão desprotegidas do amparo estatal.

Se a estrutura familiar atual não mais se encontra associada à figura casamentária e reprodutiva, não se justifica excluir do amparo legal as uniões homoafetivas que preencham os mesmos requisitos exigidos para a configuração das uniões heteroafetivas, e sejam pautadas em valores como o respeito, consideração mútua, assistência moral e material recíprocas. Inadmitir o reconhecimento destas uniões, além de azo a valores morais e preconceituosos, significa ir de encontro com as contribuições da Hermenêutica principiológica para o pleno reconhecimento das novas entidades familiares.

Apesar da CF/88 não se referir, expressamente, às uniões homossexuais em seus dispositivos como entidade familiar, é sabido que estar objetivando colocar sob o manto estatal todos os cidadãos, no que proíbe todas as formas de discriminações. Deste modo, à

---

<sup>59</sup> DIAS, 2009, p.162.

guisa de ilustração, faz-se oportuno mencionar o inciso IV do art.3.<sup>o</sup><sup>60</sup>, e o inciso I do art.5.<sup>o</sup><sup>61</sup>, e o inciso XXX do art.7.<sup>o</sup> da CF<sup>62</sup>, os quais vetam qualquer discriminação em virtude do sexo.

Acresce-se a isso, o fato do Brasil, desde 1992, ser país signatário do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU, o qual também contém disposições contrárias à discriminação por motivo de sexo, o que implica dizer que o não reconhecimento dos direitos aos homossexuais é o mesmo que desobedecer tratados internacionais, gerando descrédito e imagem negativa para a justiça pátria.<sup>63</sup>

Com o passar dos anos, a postura omissiva da justiça e a inexistência de regramento legal acirraram a discussão envolvendo uniões homoafetivas, ganhando contornos visíveis em toda sociedade, o que faz prova a grande preocupação das pessoas com a cidadania, com a inclusão social, e com o fiel cumprimento e efetividade dos direitos relativos à homoafetividade.

Progressos no tocante às questões atinentes às uniões homoafetivas foram surgindo. Aos poucos, alguns juízes, tribunais e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) começaram a reconhecer a existência das uniões homoafetivas, ainda que, inicialmente, considerando estas como sociedades de fato.

Ocorre que, de uma forma geral, ainda que demonstrada a convivência familiar duradoura de pessoas do mesmo sexo, sendo esta estável e pública, era reconhecida apenas a existência de sociedade de fato entre estas.

A conseqüente identificação das uniões de pessoas do mesmo sexo como sendo sociedade de fato e não como entidade familiar, acarreta sua colocação no campo do direito obrigacional, e assim, exclusão da tutela protetiva da seara familiar, e impedimentos aos direitos sucessórios<sup>64</sup>.

Enfim, tal situação mostra-se desarrazoada, pois na hipótese de morte de um dos parceiros da união homossexual não se justifica conferir direitos aos parentes do *de cuius*, que

---

<sup>60</sup> CF, art.3.<sup>o</sup>, IX: “Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>61</sup> CF, art.5.<sup>o</sup>, I: “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

<sup>62</sup> CF, art.7.<sup>o</sup>, XXX: “Proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

<sup>63</sup> DIAS, 2009, p.134.

<sup>64</sup> Ibid., p.140.

na maioria das vezes não contribuíram e até mesmo não aceitam a orientação sexual do suposto parente. Ao passo que o convivente sobrevivente conviveu, dedicou sua vida ao parceiro e ajudou de alguma maneira para formação do patrimônio de ambos.

Engajado também nesta luta, o projeto de Lei 1.151/95, da ex-Deputada Marta Suplicy, do (PT/SP) Partido Trabalhista de São Paulo, surge como a 1.º proposta na busca por regulamentação da união civil entre pessoas do mesmo sexo. Embora, atualmente, as uniões homoafetivas ainda permaneçam enfrentando batalhas judiciais em busca do reconhecimento dos seus direitos, o projeto merece destaque na medida em que foi o mais antigo e popular dos projetos de lei regulamentando a parceria civil registrada e, que angariou para estas uniões: direitos à herança, sucessão, benefício previdenciário, seguro saúde conjunto, declaração conjunta de Imposto de Renda, além do direito à nacionalidade em se tratando de estrangeiro. Não desmerecendo o pioneirismo do projeto de lei que objetivava regulamentar a parceria civil registrada, cabe registrar que os direitos pretendidos por este projeto já se mostram defasados e incapazes de satisfazer os atuais anseios da comunidade LGBT.

Também encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 70, de 1995 que propõe a não consideração como crime da intervenção cirúrgica para alteração do sexo dos transexuais, o Projeto de Lei 3.099, de 2000 que visa estabelecer a obrigatoriedade de inserir a disciplina Orientação sexual, no ensino da 5.º e 6.º séries do ensino fundamental das escolas públicas e privadas.

A Instrução Normativa 25 de 2000, do Instituto Nacional da Previdência Social – INSS estabeleceu procedimentos referentes à concessão de benefícios previdenciários ao companheiro homossexual.

Objetivando criminalizar a homofobia, tem-se o Projeto de Lei 5.003, de 2001 e o Projeto de Lei 122/2006, os quais estabelecem sanções às práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual seguida pelas pessoas.

O Projeto de Lei 2.383, de 2003, por considerar discriminatório, veda qualquer maneira de impedir a inclusão como dependente econômico o companheiro do mesmo sexo nos planos e seguros privados de assistência à saúde.



Partidária deste mesmo entendimento, a Resolução 39/2007, do Conselho Nacional de Justiça como forma de assegurar direitos, reconhece o companheiro homossexual como sendo dependente econômico.

Outra resolução que se pode mencionar é a 77/2008, do Conselho Nacional de Imigração, a qual trata da concessão de visto de permanência do companheiro (a) em união estável, sem haver distinção com relação ao sexo. Pautando-se no vínculo afetivo e econômico, a resolução pretende assegurar ao companheiro estrangeiro de um brasileiro os mesmos direitos que seriam assegurados pelo matrimônio.

Aliado a isso, cada vez mais se tem, em todas as partes do mundo, manifestações organizadas, cuja bandeira maior é o combate à homofobia e trazer para a sociedade sua insatisfação com o descaso, preconceito e a ausência de regulação constitucional das uniões homossexuais.

Entretanto, em meio a essas manifestações que deveriam ser pautadas puramente em objetivos sérios e pela luta e respeito aos direitos humanos dos homossexuais, insere-se também muita bagunça, cenas de desordens e obscenidades são mostradas com frequência nas ruas e avenidas nas quais acontecem esses eventos, o que acaba por revelar uma impressão negativa, de promiscuidade e de afronta à moralidade.

Dentre os projetos de lei relacionados com as manifestações dos homossexuais, cabe também mencionar o Projeto de Lei 379, de 2003, o qual objetiva definir o dia 28 de junho como o Dia Nacional do Orgulho Gay e da consciência homossexual.

Faz-se relevante mencionar o Projeto de Lei n.º 2.285/2007, que cria o “Estatuto das Famílias”, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e protocolizado pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro do PT/BA (Partido Trabalhista da Bahia), cujo objetivo primordial é o reconhecimento judicial dos muitos modelos familiares existentes na sociedade brasileira, no que demonstra mais uma vez conferir ao afeto a capacidade de criar um elo de parentesco, além da tentativa de solucionar as contendas familiares nos tribunais com um tratamento específico, mais célere e informal. Este projeto de lei objetiva estabelecer o Direito de Família mais condizente com os anseios da sociedade atual, e além de disciplinar todos os aspectos das relações familiares existentes,

também ampara legalmente as uniões homoafetivas, reconhecendo-lhe como uma entidade familiar que merece proteção jurídica, e deve ser equiparada à união estável.

A homossexualidade desperta o interesse de todos em nossa sociedade, notadamente de diversas especialidades e áreas do conhecimento humano, tais como: (a Psicologia, a Psiquiatria, a Medicina e a Sociologia), que se esmeram em estudar e tentar trazer respostas para supostas causas e curas deste tipo de relacionamento, considerado por alguns como uma espécie de desvio da sexualidade, perversão, doença e muitos outros entendimentos preconceituosos e discriminatórios que perduram nos dias atuais.

Na década de 90, a concepção sobre a homossexualidade começou a sofrer modificações, surgindo novas terminologias e entendimentos acerca dos vínculos homossexuais objetivando banir o preconceito que aflige tais uniões.

Em 1993, surgiu a sigla GLS (que identificava os gays, lésbicas e simpatizantes), sendo que tempos depois começou a ser utilizado a sigla GLBTTT, sendo agregado à sigla a letra “B” para inserir os bissexuais, e a letra “T” para identificar os transexuais e travestis. Entretanto, em 2008 foi aprovada a alteração da sigla para LBTTT por conta de uma assembléia realizada pela ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais), que faz inicialmente referência às lésbicas, depois aos gays e aos bissexuais, sendo os dois “T” se referindo aos travestis, transexuais e transgêneros.<sup>65</sup>

Em meio a todas essas modificações relativas à sexualidade humana, pode-se apontar o surgimento dos heteroflexíveis, que são pessoas que de forma esporádica se envolvem afetiva e sexualmente com pessoas de ambos os sexos até decidirem pela opção sexual a seguir.<sup>66</sup>

O reconhecimento da homossexualidade é assunto muito discutido em todas as partes do mundo. Ressalta-se, inclusive, que todos os dias são mostradas conquistas no tocante às uniões homossexuais em virtude da decisão do STF ter reconhecido a união homoafetiva, entretanto, a realidade familiar brasileira ainda se mostra carente de uma precisão constitucional que estabeleça expressamente os direitos das novas entidades familiares e assim, estas conformações familiares possam ter assegurada a proteção à sua autonomia privada.

---

<sup>65</sup> DIAS, 2009, p.49.

<sup>66</sup> Ibid., p. 49-50.

Entretanto, o motivo dos homossexuais habitualmente conviverem em certas comunidades, tais como: bairros, bares e pontos de encontros específicos, se deve ao fato da sociedade estar direcionada exclusivamente ao modelo heterossexual e mostrar-se ríspida para os que têm orientação sexual diferente deste modelo.<sup>67</sup>

Apesar das muitas conquistas da comunidade LGBT, é fato que a realidade brasileira atual ainda é extremamente marcada pelo preconceito e discriminação quando o assunto é referente aos homossexuais, a ponto que os mesmos prescindem esconder a sua orientação sexual para serem aceitos pela sociedade.

É sabido que a Constituição Federal de 1988 consagra como sua regra maior o respeito à dignidade humana, ou seja, o Estado Democrático de Direito é norteado pelo exposto respeito a este importante princípio, conforme se constata no art.1.º, inciso III, DA CF/88. A base do ordenamento atual tem assento no respeito à dignidade humana, a qual pode ser exercida através dos princípios da igualdade e da liberdade.

Partindo dessa perspectiva, o direito à homoafetividade, além de estar protegido pelo princípio da igualdade, que apresenta como corolário a proibição de injustas discriminações, também merece estar protegido em virtude da assegurada liberdade de expressão, liberdade esta, que considera a inviolabilidade da intimidade e da vida privada como sendo a base jurídica para formação do direito à orientação sexual, elemento indispensável e inerente a todo ser humano.<sup>68</sup>

Nessa mesma intelecção, José Carlos Teixeira Giorgis afirma:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1.º, inciso III, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> DIAS, 2009, p.61.

<sup>68</sup> FACHIN, 1999, p.95.

<sup>69</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *In*: Revista da Ajuris, n.º 88, tomo 1. Porto Alegre: dez. 2002, p.244.

Os mandamentos constitucionais que prezam pelo direito à igualdade vetam a discriminação das pessoas com relação a sua orientação sexual. E a orientação sexual, no que diz respeito à esfera da privacidade não comporta restrições, pois a inobservância desta, afrontaria a liberdade fundamental, assegurada a toda pessoa humana.

Roger Raupp Rios ressalta que a proibição à discriminação em virtude de orientação sexual pode ser encontrada não só na Constituição Federal, mas também em tratados e convenções internacionais, conforme disciplina o §2.º do art.5.º da CF<sup>70</sup>. Com base nestas previsões, a ONU tem considerado ilegítimas quaisquer intromissões na vida privada de pessoas homossexuais, seja levando em consideração o princípio da dignidade humana, ou o princípio da igualdade.<sup>71</sup>

Em reforço ao respeito ao direito a homoafetividade, Maria Berenice Dias afirma que “a sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana”.<sup>72</sup> O direito à sexualidade consiste nem direito inerente a toda pessoa humana, imprescindível para estas se realizarem como ser humano. Portanto, respeitar o direito à sexualidade, significa respeitar a liberdade sexual, a qual só é atingida através do respeito à liberdade no tocante a livre orientação sexual dos indivíduos.

Como visto, não adianta previsão acerca da dignidade humana, liberdade e igualdade se ainda persistir na sociedade atual tratamento discriminatório com relação às pessoas homossexuais. No cenário plural da sociedade, se faz imprescindível admitir a existência de relacionamentos que, inobstante, não serem constituídos por pessoas de diferentes sexos, estes relacionamentos são do mesmo modo constituídos por laços de afetividade.

Valores morais e conservadores, ausência de regulação normativa não podem ser justificativas para a ausência de prestação jurisdicional, e para o não reconhecimento dos direitos aos relacionamentos afetivos que não sejam constituídos por pessoas de diferentes sexos, pois não se pode ir de encontro aos preceitos constitucionais.

---

<sup>70</sup> §2.º do art. 5.º da Constituição Federal: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>71</sup> RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, dez. 1998, n.º 6, p.35.

<sup>72</sup> DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o Direito à Diferença. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro, PEREIRA, Sérgio Gischkow. (Coords). *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.160.

A Constituição Federal ao consagrar à dignidade da pessoa humana como fundamento de todo sistema jurídico, põe também sob a sua tutela os relacionamentos afetivos independentemente da orientação sexual. Assim o não reconhecimento dos relacionamentos estáveis homoafetivos corresponderia dispensar tratamento indigno e discriminatório a tais casais.

Pelo fato das uniões homoafetivas serem, do mesmo modo, constituídas por laços afetivos tal qual as uniões heteroafetivas, Maria Berenice afirma não existir motivos para que as uniões homoafetivas não sejam ainda reconhecidas pela previsão normativa. Veja o que a autora defende:

Se duas pessoas passam a ter vida em comum, cumprindo os deveres de assistência mútua, em um verdadeiro convívio estável caracterizado pelo amor e respeito mútuo, com o objetivo de construir um lar, inquestionável que tal vínculo, independentemente do sexo de seus participantes, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei.<sup>73</sup>

Em outra passagem a autora reforça que:

(...) necessário reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, são calcados no amor. (...) Não há como não de considerar família o relacionamento em que transparece o afeto gerador de efeitos jurídicos. Nada diferem ditas uniões para que não possam ser identificadas como uma entidade familiar.<sup>74</sup>

Cumprindo as uniões estáveis homossexuais os mesmos requisitos constitutivos das uniões estáveis heterossexuais, desarrazoado se mostra negar a possibilidade de reconhecimento de tais uniões estáveis homossexuais como entidades familiares. A correta interpretação jurídica atual deste tipo relacionamento consiste em entender tais relacionamentos como sendo estes também espécies de família, constituídos por laços afetivos, os quais geram conseqüências no mundo jurídico. Assim sendo, a despeito das grandes conquistas dos últimos anos, necessita ter segurança jurídica para usufruir de seus

---

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o Direito à Diferença. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro, PEREIRA, Sérgio Gischkow. (Coords). *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.168.

<sup>74</sup> DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.54.

direitos e exercício pleno de sua autonomia privada, o que só será conquistada através da regulação normativa acerca dos seus direitos.

### 3.3 FAMÍLIA SÓCIOAFETIVA

Em virtude da elevação do afeto como valor jurídico, tem surgido na sociedade a família sócioafetiva que se mostra diferente do modelo de família que era norteadada apenas pelo critério da consangüinidade.

Na concepção de José Barros Correia Junior, as famílias podem ser definidas:

(...) as famílias, mais do que em meros laços biológicos e civis, passaram a depender de valores verdadeiramente afetivos, de mútuo respeito e amor entre seus integrantes. Não é o sexo, não é a dependência econômica, muito menos uma norma jurídica que define a existência de uma entidade familiar, mas o mútuo afeto.<sup>75</sup>

Neste contexto, a realidade atual se apresenta diante de reformulação de papéis e de uma valoração da função ocupada por cada integrante familiar, notoriamente no que diz respeito às relações de filiação.

Asseverando a importância da paternidade sócioafetiva, Paulo Lôbo explica o significado da convivência familiar:

A família atual é tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. A chamada verdade biológica nem sempre é adequada, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação.<sup>76</sup>

A marcante presença da afetividade nos relacionamentos familiares contemporâneos, decorre de uma profunda modificação na compreensão e na estrutura organizacional das

---

<sup>75</sup> CORREIA JUNIOR, José Barros. Patrimônio mínimo: bens para além das famílias. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coords). *Famílias no Direito contemporâneo* – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: Juspodivm, 2010, p.95.

<sup>76</sup> LÔBO, 2011, p.30.

famílias, passando esta a ter um significado *eudemonista*, constituindo assim, um veículo propulsor de desenvolvimento da dignidade humana dos seus componentes.

Como prova destas modificações na seara familiar pode ser apontada a desconsideração do critério sanguíneo como sendo predominante no tocante ao julgamento do reconhecimento da existência de filiação jurídica.<sup>77</sup> A Ministra Relatora Nancy Andrigui assim entendeu:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGUINEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. (...) O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade de declaração de vontade consubstanciada no ato de reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.<sup>78</sup>

A convivência familiar, já vem sendo considerada pela grande maioria dos intérpretes do Direito de Família atual como sendo de extrema significância para a imprescindível formação física e psíquica do filho. Desta forma, quando se refere à convivência familiar não se deve desmerecer o papel desempenhado pelas famílias sócioafetivas, na medida em que estas famílias contribuem para possibilitar o direito à convivência familiar, bem como para o respeito e aplicação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Alem do mais, conforme aponta Leonardo Barreto Moreira Alves, “reconhecer a existência da paternidade socioafetiva significa admitir mais uma hipótese de exercício da

<sup>77</sup> Nesse mesmo entendimento de que a paternidade não deve estar adstrita a existência de laços biológicos, Luiz Edson Fachin afirma: “a verdadeira paternidade não pode se circunscrever na busca de uma precisa informação biológica; mais do que isto, exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal, donde emerge a verdade socioafetiva” (*Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.65)

<sup>78</sup> Resp. 862840/2006. Ministra Relatora Nancy Andrigui, 3.<sup>a</sup> Turma. Publicado no DJ de 17/09/2007, p.267.

autonomia privada no âmbito familiar”.<sup>79</sup> O vínculo primordial caracterizador da paternidade socioafetiva, não é o laço biológico ou a paternidade jurídica, mas o enlace decorrente de livre e espontânea vontade dos envolvidos, os quais não se mostram obrigados a formar uma família socioafetiva, mas decidiram por constituí-la.

### 3.4 FAMÍLIA MONOPARENTAL

A Constituição Federal de 1988 acarretou mudanças significativas nos paradigmas familiares, especialmente os relacionados à igualdade e dignidade da pessoa humana. Desta maneira, ao ocasionar modificações axiológicas relativas ao Direito de Família, a CF/88 propiciou uma reformulação no entendimento e aplicação das normas consagradas ao Direito de Família.

Nesse sentido, a grande realização da CF/88 foi o ensejo a interpretação pluralista da família, quando inclui em seu art. 226 a proteção da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada de família monoparental.

A respeito da consagração constitucional da família monoparental como entidade familiar, Carmen Sílvia Maurício de Lacerda assevera:

A referência constitucional imprimiu uma maior vulnerabilidade às famílias monoparentais, propiciando sua inserção no objeto de estudo no meio jurídico, tendo em vista uma série de indagações quanto a esta entidade alçada à condição de família, uma vez que, em passado recente, era vista como a negação da família, porquanto fruto de sua desestruturação.<sup>80</sup>

Como visto, com o reconhecimento das famílias monoparentais, a Carta Magna só fez reconhecer o que há muito tempo já existia na realidade familiar brasileira, ou seja, a

---

<sup>79</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.172.

<sup>80</sup> LACERDA, Carmen Sílvia Maurício de. Famílias monoparentais: conceito. Composição. Responsabilidade. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de. (coords). *Famílias no direito contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Juspodivm, 2010, p.169-170.



Constituição Federal retirou da marginalidade social e propiciou a inclusão desta espécie de família que já existia na sociedade.

As famílias monoparentais sempre existiram na sociedade brasileira, embora só tenham sido reconhecidos como entidades familiares com a CF/88, quando da sua inclusão no artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

Antes de ser considerada uma espécie familiar a ser tutelada pelo Estado, a família monoparental foi considerada, por muito tempo, como sendo uma forma de desestruturação familiar, sempre tratada com discriminação e colocada na marginalidade social.

Não obstante, a existência de diversos conceitos elaborados acerca da família monoparental, para Eduardo de Oliveira Leite, uma família é considerada como sendo monoparental “quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com um ou várias crianças”.<sup>81</sup>

A família monoparental, assim como a anaparental, são consideradas espécies da família parental, a qual, na designação de Rodrigo da Cunha Pereira é “a entidade familiar que se forma por um grupamento de pessoas unidas pelos laços de parentesco biológico ou socioafetivo”.<sup>82</sup>

Na concepção de Carmen Sílvia Maurício de Lacerda, podem ser apontadas como causas de constituição das famílias monoparentais: as separações e divórcios, viuvez, adoção por pessoa solteira, concubinato, as diferentes formas de maternidade de mães solteiras, como por exemplo, relacionamentos eventuais que resultam gravidez e produção independente. Além destes, a autora também cita as hipótese de monoparentalidade transitória em virtude de ausência prolongada por parte de um dos cônjuges/companheiros, por motivo de prisão, deslocamento para outro local por razão de trabalho, ou em virtude de enfermidade prolongada.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.21.

<sup>82</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.202.

<sup>83</sup> LACERDA, 2010, p.172.

As famílias atuais estão modeladas sob novo perfil, no qual não se mostravam organizadas sob uma única forma, mas encontrando diversas formas na atualidade, tal como a monoparentalidade feminina.

A partir do reconhecimento constitucional da família monoparental como sendo entidade familiar, esta espécie familiar foi sendo tutelada pelo Estado e ganhou notoriedade no ordenamento jurídico. Entretanto, o tratamento discriminatório com relação à família monoparental ainda não terminou, o que pode ser evidenciado pelo fato do Código Civil atual não ter feito nenhuma referência à família monoparental, não sendo a esta dispensada o devida atenção por parte do ordenamento jurídico.

Carmen Sílvia Maurício de Lacerda alerta para o grande crescimento de famílias monoparentais nos últimos anos, tendo como característica principal a responsabilidade da mulher pela condução da família.<sup>84</sup>

Na atualidade, se percebe um grande crescimento das famílias monoparentais sob a responsabilidade das mulheres. Essa espécie familiar não corresponde uma organização familiar menor, apenas constitui mais uma espécie familiar dentre inúmeras espécies da atualidade.

Fácil perceber que a realidade das famílias monoparentais sob a direção feminina demonstra ter sido ocasionada por resquícios de um tempo marcado pela desigualdade e opressão no tocante às mulheres. Embora não mais desamparada pelo ordenamento constitucional, a legislação civilista ainda não disciplinou a situação das famílias monoparentais, as quais continuam a crescer, especialmente entre as pessoas mais pobres, onde as situações a colaborar para o crescimento das famílias monoparentais sob a responsabilidade das mulheres se mostram mais visíveis

---

<sup>84</sup> LACERDA, 2010, p.165.

### 3.5 FAMÍLIA ANAPARENTAL

A extensão conceitual das relações interpessoais acarretaram significativas modificações na concepção da instituição familiar, a qual não mais pode ser definida por uma única forma.

O pluralismo das formas familiares se apresenta como uma realidade inequívoca e transformadora da organização estrutural da sociedade. Diante desta nova estrutura organizacional da sociedade plural e multifacetada, aliada aos diversos anseios e questionamentos das pessoas mais conscientes de seus direitos, a Constituição Federal de 1988 sentiu a necessidade de alargamento conceitual das espécies familiares para incluir novas espécies que já despontavam na sociedade há muito tempo a reclamar por seus direitos. Nesse sentido, a Constituição colocou sob o seu manto protetivo a união estável (art. 226, §3.), e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art.226, §4.º CF/88).

Ocorre que apesar do alargamento conceitual da família, a Constituição Federal não conseguiu contemplar todas as formas familiares existentes. Maria Berenice Dias adverte que “não só nesse limitado universo flagra-se a presença de uma família”<sup>85</sup>, pois não se pode deixar à margem do reconhecimento a espécie de família intitulada de família anaparental.

Levando em consideração que a concepção contemporânea de família não está moldada exclusivamente sob a égide do matrimônio, e do mesmo modo, não se faz mais imprescindível a diferença de sexo para gerar conseqüências patrimoniais e jurídicas na seara do direito familiar, tal como faz prova o reconhecimento das uniões homossexuais pelo Supremo Tribunal Federal, o ordenamento jurídico deve acompanhar o ritmo das transformações sociais, e regulamentar outras formas de família além das constitucionalizadas, que também se apresentem com a estruturação psíquica de uma verdadeira família.

Nesse contexto, alertando também para a existência de uma família formada pela universalidade de filhos que não mais contam com a presença dos genitores, Sérgio Resende de Barros defende que, a despeito de, não ter sido disciplinada pela lei, não deve ser a presença de verticalidade dos vínculos parentais em dois planos a ensejar a tutela protetiva a

---

<sup>85</sup> DIAS, 2010, p.41.

uma entidade familiar. Em sua concepção, a família anaparental ou parental, que consiste na convivência entre parentes ou entre pessoas, mesmo não sendo parentes, com a estruturação de uma verdadeira família, mesmos objetivos e propósitos de vida, demanda ser também amparada como espécie de entidade familiar, e ser assegurada a esta conformação familiar todos os direitos necessários para os seus integrantes ter uma vida digna.<sup>86</sup>

Para defender a família anaparental, Maria Berenice novamente é chamada para iluminar as reflexões sobre a referida temática:

A convivência sob o mesmo teto, durante longos anos, por exemplo, de duas irmãs que conjugam esforços para a formação do acervo patrimonial, constitui uma entidade familiar. Na hipótese de falecimento de uma delas, descabe dividir os bens igualmente entre todos os irmãos, como herdeiros colaterais, em nome da ordem de vocação hereditária.<sup>87</sup>

A necessidade de reconhecimento legal da família anaparental é evidentemente evidenciada para trazer segurança jurídica aos integrantes deste modelo familiar, quando da ocasião de atribuição dos direitos sucessórios. Assim, apesar de inexistência de conotação de ordem sexual no relacionamento decorrente da família anaparental em comento, a sua constituição tem assento na comunhão de esforços, situação que, para interpretação e aplicação da melhor justiça ao caso concreto, deve se fazer o uso da principiologia constitucional e assegurar os direitos aos integrantes deste modelo familiar, pois se mostra descabido deixar à margem da tutela constitucional a família anaparental, família esta que, se apresenta organizada tal qual a espécie familiar denominada de monoparental.

---

<sup>86</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003, p.151.

<sup>87</sup> DIAS, Maria Berenice Dias. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.48-49.

## **4 A HERMENÊUTICA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL**

### **4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE HERMENÊUTICA**

As considerações filosóficas comprometidas em revelar a verdade, sobretudo as que se atribuem aos pensadores aqui tratados, servem de parâmetro para uma concepção hodierna de processo, nas bases do Estado Democrático de Direito, o qual tem como objetivo à busca da melhor verdade possível, ou seja, encontrar a melhor resposta que possa solucionar as inúmeras e inusitadas situações concretas da realidade plural familiar.

Portanto, a análise das contribuições trazidas pela Hermenêutica no que tange à busca da verdade, e o que esta pode colaborar com os questionamentos trazidos com as novas formas familiares se mostra de muita relevância, mas para esse intento, faz-se imprescindível trazer algumas contribuições de dois consagrados filósofos e juristas, o que será muito importante para a proposta a ser apresentada.

Aliado a isso, o interesse pelo estudo da Hermenêutica cresce cada vez mais por parte da Filosofia contemporânea, a qual tem como meta tradicionalmente a descoberta das essências, isto é, tem compromisso com a busca da verdade, elemento este que deve servir de norte para todos, especialmente para o sistema jurídico, no qual o juiz tem a difícil missão de descobrir a verdade dos inúmeros conflitos que surgem das situações concretas decorrentes dos novos relacionamentos familiares.

Deste modo, a relevância de se estudar a Hermenêutica tem como uma das suas justificativas o fato de melhor compreender as suas nuances e contribuições filosóficas relativas à aplicação da lei, as quais se bem compreendidas podem contribuir positivamente no tocante a interpretação das inúmeras e inusitadas questões familiares que surgem no ordenamento jurídico atual.

De posse dos esclarecimentos e definições preliminares, far-se-á um apanhado desta delicada e difícil tarefa que é a busca da verdade processual, ou da prestação jurisdicional efetiva e condizente com os novos anseios sociais.

Etimologicamente, a palavra Hermenêutica é um vocábulo que remonta ao verbo grego *hermeneuein* (interpretar) e ao substantivo *hermeneia* (interpretação). Muitos autores apontam a origem do nome Hermenêutica ao deus na mitologia grega Hermes, sendo esta entidade sobrenatural incumbida das funções de transmitir e de traduzir as coisas que estivessem fora do alcance do entendimento humano, enfim, cabia a este deus trazer para a compreensão algo que estivesse incompreensível.

No intento de trazer uma compreensão adequada do que seja Hermenêutica, o autor Richard Palmer, em sua obra “Hermenêutica”, define a Hermenêutica como sendo o estudo da compreensão, sendo esta essencialmente a tarefa de compreender textos.<sup>88</sup> Como se pode perceber, este conceito trazido pelo autor é um conceito mais amplo e difere do conceito tradicionalmente admitido de que a Hermenêutica se destinava à interpretação exclusivamente dos textos sagrados e das leis.

A conceituação trazida por Richard Palmer revela-se mais ampla, pois a Hermenêutica em sua concepção não se destinava apenas à compreensão de obras escritas, mas também a todas e quaisquer obras de arte.

A partir destes esclarecimentos e correlacionando com os dias atuais, percebe-se que as contribuições da Hermenêutica não podem estar adstritas à apreciação de determinados tipos de provas, o que implica dizer, que a sua incidência deve estar voltada para a valoração de todos os tipos de provas trazidas ao processo, pois somente assim será possível assegurar o desenvolvimento da lúdima justiça e do desvelamento da verdade.

## 4.2 A BUSCA DA VERDADE E DEFINIÇÕES DE PROVA

É cediço, que o motivo das pessoas procurarem a justiça está na crença de, por meio dela, encontrarem a verdade para a solução dos seus conflitos. Primeiramente, em decorrência da verdade estar intimamente relacionada com o termo prova, compete aqui trazer algumas breves considerações sobre esta.

---

<sup>88</sup> PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1969, p.19.

A conceituação proposta para a prova não representa tema uníssono por parte da doutrina, situação esta que pode ser explicada em decorrência da existência de muitas definições para o termo “prova”, sendo este termo utilizado não apenas no âmbito jurídico, mas também em outras áreas do conhecimento. É ressaltado que, no âmbito jurídico podem ser vistas muitas diferenças com relação à definição do termo prova, por conta da existência de inúmeros significados propostos para designá-la.

Interessante se mostra o conceito de prova, trazido por Arruda Alvim:

Examinando o que seria(m) o(s) conceito(s) jurídico(s) de prova (*rectius*, “meio [s] de prova”), concluímos que consiste(m) naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico [...], como idôneos a convencer (prova como “resultado”) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como “atividade”).<sup>89</sup>

A prova é comumente relacionada à descoberta da verdade, a qual apesar de inatingível, e nos dias atuais, a justiça contentar-se com um juízo baseado na probabilidade, não deve a verdade deixar de ser buscada, sob nenhuma hipótese, e nem mesmo pode ser considerada um fim em si mesmo.

Pode se constatar que a prova é utilizada no processo como meio de investigação dos fatos da causa, fornecendo ao magistrado instrumentos que lhe permite formar o seu convencimento acerca dos fatos a serem apreciados.

A função da prova no processo é de extrema importância, sendo esta de muita utilidade para o intérprete do direito, o qual é o seu destinatário principal, haja vista precisar tomar conhecimento dos fatos para formar seu convencimento e prestar o exercício jurisdicional com efetividade à situação que lhe é submetida, entretanto as partes também necessitam saber do resultado das provas produzidas para que seja permeado o conhecimento, e o devido processo legal afeita a estas situações.

Existe uma forte tendência de proteção constitucional do direito à prova como direito fundamental, o qual apesar de não estar consagrado na Constituição Federal, seria decorrente

---

<sup>89</sup> ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v.2. 8.ed. São Paulo: RT, 2003, p.459.

da nova concepção do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (disciplinado no art. 5.º, XXXV da CF/88), o qual tem como ideal o acesso à ordem jurídica justa.

Diante da preocupação, hodiernamente, com a qualidade e efetividade da prestação jurisdicional enaltece o direito à prova, o qual enseja o respeito ao devido processo legal, à ampla defesa, e também ao contraditório.

Como visto, o direito à prova, haja vista, ter sido consagrado à categoria constitucional, não deve ser entendido como direito absoluto, encontrando assim certas restrições, quando da ocorrência de colisão com outros valores e princípios constitucionais, devendo-se decidir levando em consideração o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade demanda muito cuidado, pois este princípio confere ao magistrado certa carga de subjetividade, haja vista a ausência de regulação normativa disciplinando acerca das novas entidades familiares, fato que pode dificultar o desvelamento da verdade e conseqüentemente, o deslinde das situações referentes a estas famílias.

#### 4.3 POSTURA DO MAGISTRADO

Antes de se iniciar o estudo da valoração da prova judicial, pertinente se faz esclarecer acerca da figura do juiz no processo na atualidade, bem como do exercício dos seus poderes instrutórios e decisórios para que seja possível compreender melhor a temática que se segue.

Durante muito tempo, a postura do bom juiz estava relacionada ao entendimento de um juiz neutro, imparcial, afastado dos conflitos advindos do processo, sendo ressaltado inclusive que este juiz deveria interferir o mínimo possível naquele.

Sob a influência deste modelo antigo e conservador, pautado em notório critério dispositivo, a função do magistrado se restringia a apreciar as situações utilizando-se somente dos fatos alegados e provados pelas partes envolvidas.

Durante muitos anos, a realidade processualística brasileira foi desenvolvida como sendo um “jogo” no qual as partes eram as protagonistas e o magistrado tinha a função de ser



precipuaente um expectador. Nesse embate, obteria êxito a pessoa que tivesse trazido ao juiz a melhor prova. Ocorre que, nesta época, a apreciação da prova era feita de forma muito subjetiva, aleatória e mesmo discriminatória, o que implica dizer que, na tarefa de apreciação das provas, eram utilizados muitos critérios intoleráveis e desarrazoados, tais como, os privilégios e as superstições.

A conseqüência desta forma de proceder pelo intérprete do Direito ocasionou o estabelecimento de uma verdade puramente formalística no processo, situação que fazia que a decisão fosse disseminadora de grande subjetividade e injustiça.

O cenário processual começou a se modificar quando do crescente entendimento que entendia que o processo era de interesse do direito público, e não apenas privatista, pertencendo puramente às partes. Esta nova realidade processual centrava sua preocupação em prol do acesso à justiça. O direito processual assumiu a tarefa de garantir soluções efetivas e práticas que não só permeassem a concretização da vontade da lei, mas também trouxesse a melhor resposta para as diversas situações concretas, o que tornava o direito processual um direito compromissado com a garantia cívica de justiça.

Essa nova compreensão do processo ocasionou também como conseqüência uma mudança de entendimento no tocante a postura do intérprete atual, não se admitindo mais o juiz com o comportamento distante e descompromissado, o qual deixava tudo a critério das partes, pois diante do ordenamento jurídico atual este tipo de comportamento não se mostra mais condizentes com a realidade plural da sociedade, além de não assegurar uma prestação jurisdicional eficiente e de qualidade.

No âmbito familiar, pode ser apontado que, houve um aumento do poder instrutório e decisório do juiz, permitindo a este abandonar o seu antigo papel de mero espectador para manifestar uma postura mais ativa diante das situações que lhe são apresentadas.

Ademais, o exercício da iniciativa probatória por parte do magistrado não prejudica a exigência de imparcialidade, pois este não estabelece previamente o resultado da prova, bem como não prevalece, a princípio, qualquer das partes envolvidas. Caso o juiz se convença da prova, o resultado da mesma beneficiará o titular do direito material, sendo, portanto, esse o objetivo primordial almejado com a proteção jurisdicional.

O art. 130 do Código de Processo Civil reforça os poderes instrutórios do juiz, possibilitando-o estabelecer de ofício a produção de provas imprescindíveis ao processo, indeferindo as diligências inúteis ou puramente protelatórias. Assim sendo, é possibilitado ao magistrado determinar a produção de provas, revelando com isso uma postura mais ativa por parte do juiz e abandono do seu antigo papel de expectador das situações que lhe são apresentadas.

A despeito de se permitir o controle do juiz com relação a produção da prova, disciplinada pelo art.130 do CPC, não se deve esquecer que a atuação jurisdicional não é absoluta, encontrando limites. Ao magistrado é permitido determinar a produção da prova de ofício, e não alargar os fatos jurídicos alegados pelas partes, sob pena de se incorrer em desrespeito ao princípio do dispositivo.

Assim, embora seja possibilitado ao magistrado apreciar as provas livremente, a este não é possibilitado decidir-se fora da temática discutida no caso concreto, valer-se de impressões de foro íntimo, pessoais e servir-se de critérios irracionais e absurdos, devendo tirar suas conclusões a partir das provas produzidas dos fatos alegados, enfim, a postura do magistrado contemporâneo deve estar comprometida com a verdade, pois a este órgão estatal compete a árdua tarefa de encontrar a oculta verdade dos processos, bem como solucionar as situações que lhes são submetidas de maneira que possa ser decidida com base na melhor justiça para o caso concreto, o que consiste no atendimento dos novos anseios sociais decorrentes da sociedade plural, em que se apresenta a pluralidade familiar do mundo pós-moderno.

A liberdade de valoração das provas pelo juiz não é absoluta, encontrando limites e estando o juiz adstrito à motivação das suas razões e à observância de certas regras, tais como: aos elementos alegados pelas partes nos autos; às provas dos fatos produzidas no processo; às regras legais, e às máximas de experiência.

Como visto, a aplicação do modelo do Direito Puro de Kelsen não condiz com a realidade social atual. Percebe-se assim uma nova exigência de postura do juiz por parte da sociedade pós-moderna, a qual considera o intérprete que se restringe unicamente ao que está expresso nos Códigos um entrave à interpretação da lei e do desenvolvimento pleno da justiça.

Em forma de crítica ao modelo de pensamento jurídico positivista, se pode enumerar, a partir do entendimento de Luís Roberto Barroso, o ideal de postura a ser adotada por todos os intérpretes do Direito do Pós-positivismo:

- a) o intérprete do Direito atual deve compreender que o Direito não se restringe apenas o que está contido na lei;
- b) o intérprete do Direito atual não ficar adstrito à interpretação das leis, devendo utilizar seus conhecimentos para o benefício e modificação da sociedade;
- c) a dogmática jurídica deve estar condizente com o contexto social, devendo também se comunicar com a Filosofia, bem como outros ramos do conhecimento;
- d) o intérprete do Direito não pode se distanciar da sua primordial preocupação que deve ser a busca da justiça, o que implica não medir esforços para sua concretização, inclusive utilizar recursos que não estejam expressos na legislação.<sup>90</sup>

Na processualística contemporânea relativa ao Direito de Família contemporâneo, a postura do magistrado como bom intérprete do novo perfil familiar, deve estar voltada para apuração e ponderação dos interesses em conflito, penetração e estudo sério do processo, almejando que a dignidade humana e os mandamentos constitucionais sejam respeitados, e assim, atingir a mais justa decisão possível, tarefa que requer muito comprometimento, responsabilidade e aplicação das contribuições da Hermenêutica no que tange à árdua tarefa da interpretação e aplicação do Direito de Família.

Nesse novo panorama social, o magistrado não pode se vincular a subsunção de tais regras regulamentadoras da valoração probatória, mas sim utilizar-se delas como parâmetro orientador que pode ou não, a depender da situação concreta, lhe ajudar quando da apreciação das provas para consecução da prestação judicial eficiente e qualidade.

Outra consideração que merece destaque com relação a postura do intérprete do Direito atual, é com relação a ausência de regulamentação normativa. Diante de tal omissão legislativa, o intérprete e aplicador do Direito devem ter em mente que ele não deve se omitir ou mesmo negar a realidade social, na qual se apresenta as diversas formas familiares brasileiras. Pois, agindo assim, além de incorrer em flagrante postura preconceituosa e

---

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.14.

discriminatória, os intérpretes estão a desrespeitar o mais importantes dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana, princípio este que tem como primazia maior o respeito incondicional a pessoa humana.

Enquanto a regulamentação normativa estiver em descompasso com os ritos evolutivos e transformações sociais, o intérprete do Direito não pode se esquecer que ele pode através de uma postura reflexiva e criativa, contribuir para propiciar uma justiça mais humana e condizente com o contexto social.

#### 4.4 CONTRIBUIÇÕES FILOSÓFICAS PARA A BUSCA DA VERDADE

Esclarecido acerca da importância da valoração probatória, deve o intérprete da lei servir-se da Hermenêutica como relevante instrumento na busca da verdade, e da exímia interpretação dos fatos concretos e da lei, e para tal mister, cabe aqui trazer algumas breves contribuições filosóficas que nos permitirão a partir das diretrizes fundamentais oferecidas por estes compreender de que maneira a Hermenêutica jurídica poderá auxiliar o juiz na interpretação e aplicação correta do Direito de Família atual, como se verá a seguir.

##### 4.4.1 Contribuições de Habermas

A função probatória no processo constitui-se em um meio retórico, imprescindível ao discurso jurídico, no qual o processo deve ser utilizado para discussões e assim, o diálogo realizado entre as partes revela-se de suma importância.

Neste contexto, mostra-se relevante comentar a respeito das contribuições filosóficas e epistemológicas de Habermas no âmbito do discurso, as quais foram bastante positivas para o processo do conhecimento e da busca da verdade, o que desde já inclui sobremaneira as contribuições trazidas para a temática da valoração judicial da prova versada neste presente trabalho científico.

Diante disso, Habermas criou a Teoria do Agir Comunicativo, servindo esta como grande base teórica nos dias atuais para o enfrentamento de vários questionamentos que vão de problemas epistemológicos à problemas de direito, de política, de ética, de economia e tantos outros que afligem à sociedade, tal como a família.

A Teoria do Agir Comunicativo de Habermas defende a comunicação livre, crítica e racional entre as partes envolvidas, não se admitindo mais a observância da razão instrumental, outrora defendida, por considerá-la um entrave ao progresso científico e ir de encontro aos ideais de sua teoria.

Os esforços deste filósofo e sociólogo alemão voltaram-se para construção de uma teoria que se propusesse a explicar o mundo e fundamentar o conhecimento, e para consecução de tais objetivos era preciso considerar a possibilidade da filosofia fundamentar o saber e, de esta servir de instrumento para atingir a razão racional sobre as inúmeras situações surgidas na sociedade.

Na concepção de Habermas:

A auto-reflexão é percepção sensível e emancipação, compreensão imperativa e libertação da dependência dogmática numa mesma experiência. O dogmatismo, esse que dissolve a razão tanto em termos analíticos quanto práticos, é uma falsa consciência: erro e, por isso mesmo, existência aprisionada.<sup>91</sup>

Como visto, Habermas mostra-se contrário à estrutura das ciências objetivistas que combatem a auto-reflexão como sendo um elemento fundante da construção do conhecimento. Para Habermas, o objetivismo das ciências estabelece um conhecimento pautado na matematização e exatidão, permanecendo assim atrelado à dominação, a instrumentalização e que continua a entrar o conhecimento.

Do mesmo modo, não se mostra admissível a valoração probatória realizada puramente com base no sistema da prova legal, pois estaria impondo irrefletidamente uma valoração fixa e imutável para os fatos sem observância das circunstâncias do caso concreto e desrespeitando o sistema do livre convencimento motivado.

---

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: JAHAR Editores, 1982, p.228.

Na perspectiva habermasiana, a auto-reflexão tem grande destaque haja vista ser considerada como um caminho metodológico possibilitador do conhecimento e que tem como metas principais a liberdade e emancipação do próprio homem.<sup>92</sup>

Habermas acredita que a ausência da auto-reflexão no processo do conhecimento obstaculariza o desenvolvimento das ciências e a descoberta da verdade. Ainda com base nesta concepção filosófica, pode-se observar que a noção de verdade está atrelada à idéia de diálogo, de argumentação e de consenso entre os envolvidos, sendo esta considerada portanto como uma construção processual a ser buscada sempre, devendo estar aberta a questionamentos e livre de imposições de quaisquer ordens.

Nessa perspectiva, se percebe que a filosofia Habermasiana se aproxima do entendimento de Karl Popper, o qual defende que a busca da verdade não é absoluta e não pode ser atingida. A busca a que se refere é meramente aproximativa, com base na verossimilhança, mas que apesar disto, nunca deverá de ser buscada pelo Direito.

Na concepção de Karl Popper, o Racionalismo Crítico deve ser o norte para todos os filósofos e cientistas, pois é por intermédio deste que se tem a verdadeira revolução científica. A concepção popperiana de verdade é que esta não existe, existindo aproximação da verdade, ou seja, a verdade é considerada como passível de ser relativizada, a ser construída no desenrolar dos atos processuais. Deste modo, conforme o entendimento popperiano de conhecimento científico, a verdade é um dado aproximativo nas teorias científicas, não podendo ser considerada um valor absoluto.

Cabe o entendimento de Popper acerca do conhecimento científico:

A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup>MEDEIROS, Arilene Maria Soares de; MARQUES, Maria Auxiliadora de Resende Braga. *Habermas e a teoria do conhecimento*. ETD: Educação Temática Digital, Campinas, SP, v.5, n.1, dez.2003. Disponível em: <<http://www.fae.unicamp.br/etd/include/getdoc.php?id=819...279>>. Acesso em: 10 de Junho 2010, p.13

<sup>93</sup> POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Resende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.13

Para o autor, o caráter provisório e dinâmico do conhecimento científico aliado ao fato da refutabilidade das teorias científicas vem a reforçar a defesa da inexistência de uma verdade científica. Partindo deste ideário, Popper critica as bases das teorias dedutivas<sup>94</sup>, submetendo o conhecimento ao questionamento constante.

Como visto, constatando-se a existência de entendimentos epistemológicos que podem ser utilizados em benefício da valoração probatória e do direito é que se traz as contribuições de Jünger Habermas e de Karl Popper para esta temática, objetivando com isso demonstrar os aspectos positivos que podem ser incorporados quando do julgamento das causas de Direito de Família, e assim dar efetividade a prestação jurisdicional de qualidade.

A Teoria criada por Habermas, na qual preza-se pelo discurso, em vista dos sérios propósitos e das muitas áreas que pretende atingir, além de trazer contribuições para as áreas sociais, notadamente com relação à democracia e a cidadania, pode ser também utilizada para auxiliar nas resoluções de questões da seara jurídica, a exemplo da busca da verdade na apreciação judicial das provas no processo.

E como prova de sua importante contribuição no tocante à valoração da prova judicial, pode-se mencionar que a Teoria do Agir Comunicativo prima pela resolução das convergências judiciais mediante o exercício de discussões racionais, no qual seja dada oportunidade para estabelecimento de uma forma privilegiada de relacionamento entre as partes envolvidas permitido-se : a discussão de valores; o exercício dos poderes instrutórios judiciais desde que de forma moderada e com explicação das razões, a criação de normas e questionamentos das mesmas, no que consiste no respeito ao devido processo legal e da ampla defesa processual.

Enfim, como se pode perceber, a proposta da teoria em comento vem com o intuito de reforçar a importância do princípio do livre convencimento motivado no sistema da valoração probatória, entretanto ressalva que a aplicação deste princípio deve ser com base nos critérios racionais, de equilíbrio e que neste exercício da busca da verdade a auto-reflexão nunca pode ser afastada, sob pena de se ter uma valoração probatória que dará ensejo a uma decisão manipuladora e inquisitiva, situação esta não admissível na sociedade pós-moderna.

---

<sup>94</sup> POPPER, 2004, p.27.

Como visto, as maiores contribuições trazidas da filosofia de Habermas para o campo jurídico, e que podem ser aplicadas à seara familiar, tem-se a resolução de controvérsias mediante utilização do discurso e de critérios baseados na razão e equilíbrio, tendo sempre como norte a auto-reflexão na busca da verdade, o que para a realidade plural das famílias, significa resolução dos seus anseios e questionamentos de forma satisfatória. Enfim, todos os esforços do filósofo Habermas foram em prol do desenvolvimento do conhecimento, da busca de uma solução mais condizente com a realidade e por propiciar o progresso humano nos diversos setores da vida.

#### 4.4.2 Contribuições de Ilya Prigogine

Apesar das idéias e contribuições dos renomados filósofos terem repercutido positivamente no tocante a busca da verdade e interpretação e aplicação do Direito, mostra-se também importante trazer para a discussão epistemológica algumas contribuições de Ilya Prigogine<sup>95</sup> à filosofia da ciência que tanto podem servir para o Direito de Família Atual.

Na obra “O fim das certezas”, o autor Ilya Prigogine ao discutir temas como a interpretação do tempo, do caos, da instabilidade, e do entendimento sobre o conhecimento, nos apresenta o cenário de uma “ciência em evolução”<sup>96</sup>, no qual não mais existe ciência e verdades absolutas e sim, conhecimentos que nos levam à possibilidades e ao fim das certezas consideradas.

Por intermédio de suas pesquisas, Prigogine desmitificou a imagem científica do mundo, trazendo relevantes contribuições aos entendimentos epistemológicos hodiernos, tais como, a defesa da interdisciplinaridade existente entre a ciência e a Filosofia e do surgimento

---

<sup>95</sup> Destaque para os registros biográficos sobre Ilya Prigogine contidos na obra de Constantino Von Barloewen. *Livro dos saberes: diálogos com os grandes intelectuais de nosso tempo*. Tradução: Will Moritz. Osasco, SP: Novo século, 2010, p. 343. “O físico e químico belga de origem russa Ilya Prigogine (nascido em 1917 em Moscou, falecido em 2003) emigrou da Rússia com sua família em 1921; após uma estadia provisória em Berlim, instalou-se em Bruxelas. O trabalho científico de Prigogine, cujo núcleo, desde a metade dos anos de 1940, é o estudo dos processos irreversíveis da termodinâmica, beneficiou-se rapidamente de suas fortes inclinações para a arte e para a filosofia. As descobertas de Prigogine criaram as bases que permitiram descrever a passagem da matéria morta à matéria viva e resultaram em aplicações revolucionárias nos mais diversos âmbitos, muito além da química e da biologia, que vão do tráfego de automóveis, das sociedades de insetos e do crescimento das células cancerosas até à análise dos sistemas sociais. Em 1977, recebeu o prêmio Nobel de química”.

<sup>96</sup> PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996, p.15.



do elemento incerteza diante do caráter evolutivo da realidade que nos rodeia e assim também das ciências.

O caráter evolutivo da realidade é sentido em todos os ramos do conhecimento e por todos na sociedade atual.<sup>97</sup> As ciências, na visão de Prigogine, devem ser concebidas como decorrentes de um processo evolutivo constante, no qual as definições se modificam e se desenvolvem com as influências de diversos fatores da sociedade, com o transcorrer do tempo e a cada progresso e descoberta científica.

No entendimento de Ilya Prigogine, a incerteza, as possibilidades trazem novas perspectivas para o entendimento da ciência e da racionalidade atual, na qual a verdade científica não deve ser concebida como pautada nos ideais de certeza, ao passo que a incerteza não está relacionada com a ignorância, e sim, na constatação da ocorrência do processo de mudança e descoberta da fragilidade de certo conceito tido como certo e inabalável.

Deste modo, partindo do pressuposto defendido pelo autor de uma visão evolutiva da ciência e da reformulação das leis fundamentais da Física as quais concebiam o mundo como idealizado e estável, é permitido compreender que o processo evolutivo da ciência está amplamente associado com uma constante reflexão acerca dos conhecimentos anteriormente admitidos, e assim abre-se espaço para aceitação e reconhecimento de novos conhecimentos que despontam a cada instante na sociedade atual, haja vista como bem assevera o autor Ilya Prigogine, “o futuro não é mais dado, sendo uma construção”<sup>98</sup>, ou seja, seria um devir, assim como também ocorre com o atual Direito brasileiro de família.

Na ontologia do devir, os efeitos do tempo e do processo evolutivo são compreendidos mais claramente, apesar de não se saber precisar devidamente as suas conseqüências e o alcance destes, haja vista as inúmeras possibilidades que aparecem a todo instante, e nos revelam um futuro que abre espaço para conhecimentos novos, no qual o mundo atual e seus inúmeros questionamentos não restam finalizados e imutáveis, não existindo assim respostas prontas, pois o futuro e suas problemáticas estão em devir.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> PRIGOGINE, 1996, p.158-159.

<sup>98</sup> Ibid., p.111.

<sup>99</sup> BARLOEWEN, Constantin Von. *Livro dos saberes: diálogos com os grandes intelectuais do nosso tempo*. Tradução: Will Moritz. Osasco, SP: Novo século, 2010, p. 346.

E neste revolucionário estágio científico do mundo, o homem e a natureza são frutos de seu tempo<sup>100</sup>, não podendo estes permanecer insensíveis aos constantes progressos, descobertas e criatividade humana que faz despontar as novas concepções na sociedade.

Aliado a este fato, ressalta-se que as novas concepções advindas da evolução das ciências e da sociedade não devem ser desmerecidas, pois além de terem sido conquistadas, contribuem também para descortinar a idealização entorno de concepções unilaterais e imutáveis que tanto perduram em certos âmbitos, como o já conhecido embate enfrentado pelos novos integrantes das novas concepções de famílias.

#### 4.5 A HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA ATUAL

Após estudo do intróito conceitual sobre a Hermenêutica e suas contribuições filosóficas para o âmbito familiar da atualidade, não se pode iniciar o estudo da Hermenêutica Principiológica, sem antes apresentar uma breve explicação sobre a teoria que tem como base a interpretação principiológica constitucional, a qual também recebe a denominação de neoconstitucionalismo ou interpretação conforme a Constituição.

A análise da interpretação principiológica constitucional se faz imprescindível porque esta teoria enseja a aplicação da Hermenêutica Principiológica pelos intérpretes de Direito de Família que se mostram contrários ao tradicional entendimento positivista, que ainda predomina no ordenamento jurídico e não reconhece o direito a autonomia privada dos integrantes das novas formas familiares no tocante a constituição de suas famílias.

Na concepção de Luís Roberto Barroso, o Direito moderno, consagrado no século XIX, sob ingerência do positivismo científico, ainda se mostra muito utilizado no ordenamento jurídico atual, o que faz prova a presença marcante de suas características

---

<sup>100</sup> BARLOEWEN, 2010, p.347.

principais nas interpretações de muitos juristas na contemporaneidade, tais como, a estatalidade, a cientificidade, a completude, a objetividade e a neutralidade.<sup>101</sup>

Fácil perceber que tais valores advindos do positivismo jurídico denotam estar em confronto com os valores da sociedade plural, se revelando como grandes empecilhos para o reconhecimento da pluralidade das formas familiares na contemporaneidade.

Também contrária aos valores positivistas a determinar os rumos interpretativos do Direito de Família atual, Joaquina Lacerda Leite explica que o interesse do Estado incutir o respeito à estatalidade do Direito, ou seja, fazer com que o Estado seja considerado como única fonte do poder e do direito, tem assento no fato do Direito elaborado pelo ente estatal, ser aprovado por parlamentares, os quais, muito destes, são financiados pelas classes mais abastadas. Assim sendo, o Estado ao privilegiar os interesses das classes mais influentes, resta evidente o prejuízo causado as classes mais pobres, que por ser retirado o direito de influenciar o aparelho estatal, ficam relegadas a segundo plano e preteridas em detrimentos dos interesses das pessoas mais ricas e influentes da sociedade.<sup>102</sup>

A interpretação do Direito levando em consideração ser este orientado pelo caráter da completude, cientificidade, objetividade, além da neutralidade da atuação do magistrado representam também outros fortes aliados dos valores positivistas almejados pelas classes dominantes.

A despeito dos malefícios ocasionados pela incidência destes valores positivistas na aplicação e interpretação do Direito atual, Joaquina Lacerda Leite assevera:

A estabilidade implica em considerar o Estado como fonte única do poder e do direito. (...) A completude consiste na consideração de que o sistema estatal de leis é completo e auto-suficiente (...) A cientificidade tem a arrogância de atribuir à ciência e ao método científico a capacidade de produzir verdades absolutas. (...) A objetividade afasta o direito da filosofia e das demais ciências humanas, limitando-o, de forma quase absoluta, ao que está positivado no ordenamento jurídico. Ela tem afastado a maioria dos operadores jurídicos de qualquer reflexão sobre o seu saber e sobre as conseqüências de sua atuação profissional. (...) A neutralidade isola o direito da política, no intuito de produzir operadores jurídicos politicamente neutros.

<sup>101</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pospositivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.8.

<sup>102</sup> LEITE, Joaquina Lacerda. *A conjugalidade homossexual no Brasil: múltiplas visões*. 2011. 162f. Monografia. (Especialização em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p.47.

Como os neutros proibem-se de participar de qualquer movimento visando transformar a sociedade, eles terminam contribuindo, de fato, com a manutenção do *status quo*.<sup>103</sup>

Como visto, a aplicação dos valores positivistas constantes do modelo do Direito Puro de Kelsen, regido pelo formalismo e estrita obediência ao rigor das leis, não condiz com a realidade plural das famílias brasileiras. O intérprete do Direito de Família não pode procurar as resposta para os casos concretos do direito familiar apenas no que está expresso nos Códigos, pois agindo desta maneira conservadora, o intérprete estaria sendo mero técnico e repetidor dos mandamentos das leis, o que, por sua vez, denotaria não ter realizado nenhum processo de criação e reflexão sobre o Direito.

Deste modo, resta evidenciado que a antiga consideração da interpretação positivista do Direito de Família não satisfaz mais os objetivos constantes do Estado Democrático de Direito. Para Fernando Cerqueira Chagas<sup>104</sup>, o Estado brasileiro, o qual apresenta a democracia como seu princípio reitor, deve propiciar que o regime democrático possa ocasionar transformações sociais na vida das pessoas, tendo como valor primordial o respeito à dignidade da pessoa humana.

Tais transformações sociais na vida das pessoas, só seriam concretizadas a partir da interpretação mais condizente com os novos anseios do Estado Democrático de Direito, situação esta que não seria bem vista para o posicionamento antigo e conservador do modelo positivista, que ainda prevalece em muitas interpretações dos juristas da atualidade.

Ocorre que neste contexto do Estado Democrático do Direito, “a ordem jurídica adquire uma nova potência para significar um instrumento de efetivação das promessas do Estado Social, com a realização da justiça social, transformando a vida das pessoas”<sup>105</sup>. Diante deste novo conteúdo do ordenamento jurídico, que implica compromisso de todos os Poderes do Estado com a efetivação das transformações sociais asseguradas pelo Estado Social de Direito, as pessoas se mostram mais reivindicativas e conscientes de seus direitos, o que acaba demonstrando a incapacidade das leis para solucionar todas as situações

---

<sup>103</sup> LEITE, 2011, p.47-48.

<sup>104</sup> CHAGAS, Fernando Cerqueira. A relação entre o princípio da (razoabilidade) e a interpretação conforme à Constituição no Estado Democrático de Direito. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.174.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p.177.

decorrentes desta sociedade plural, complexa e que almeja a efetivação dos direitos constantes do Estado Democrático de Direito.

É cediço que neste panorama dinâmico e multifacetado das novas entidades familiares, nem sempre as normas poderão solucionar todas as situações subjetivas. Para tanto, é imprescindível que o intérprete do Direito de Família tenha “a percepção de que a interpretação é atividade eminentemente produtiva, não reprodutiva”.<sup>106</sup>

A tarefa de interpretação jurídica deve-se levar em consideração que o Direito é fruto da sociedade e para solução das situações atinentes a esta, neste sentido, a Hermenêutica Jurídica atual deve interpretar o Direito de Família tentando obter a melhor resposta para os anseios da sociedade plural e multifacetada. A partir disso, o intérprete contemporâneo deve se acautelar e conhecer a finalidade social da lei, pois conhecendo seus reais objetivos é que poderá adentrar no âmago de suas motivações mais íntimas e pessoais.

Na atualidade, a tarefa da interpretação do Direito, exige uma postura do intérprete ativa e reflexiva diante dos fatos, o que implica dizer que não cabe ao intérprete uma postura passiva, restrita aos escritos dos Códigos como sendo verdades absolutas, pois no Direito, ciência dinâmica que é, assim com a sociedade muda, os valores que esta carrega também evoluem, deste modo, o intérprete do Direito de Família deve ter em mente que no Direito não existem verdades prontas.

A aplicação da antiga metodologia na interpretação jurídica, na qual entendia que as leis eram revelação da verdade absoluta mostra-se superada em virtude da dinâmica e das exigências do sistema jurídico atual que não coaduna com a ideologia do positivismo.

Ricardo Luiz Lorenzetti assevera que diferentemente da doutrina do Direito Natural e do positivismo jurídico, os quais compreendiam o Direito como substância e realidade preexistente aos fatos<sup>107</sup>, a tendência atual por meio da Nova Hermenêutica Jurídica ou Hermenêutica Principiológica é interpretar e aplicar o Direito de Família como sendo este um sistema dialético, aberto e plural.

---

<sup>106</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dimensões da interpretação conforme a constituição. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.104.

<sup>107</sup> LORENZETTI, 1998, p.81.

Neste cenário jurídico atual, tem-se buscado uma maior utilização dos princípios constitucionais para solucionar as controvérsias das pessoas, sendo bastante profícuo para o processo. Entretanto, isto não significa uma plena defesa em torno da aplicação irrestrita destes, pois se exige uma maior e melhor interpretação jurídica por parte dos magistrados, os quais para desempenhar bem essa árdua missão deve se valer dos conhecimentos oferecidos pela Hermenêutica e outros ramos do conhecimento colocando-os a serviço da interpretação jurídica nos casos concretos que vêm a seu encontro.

Considerando que a Hermenêutica pode ser entendida como sendo a arte da interpretação, deduz-se que a Hermenêutica é compreensão, e em sendo assim, a Hermenêutica Principiológica ou Nova Hermenêutica Jurídica consistiria num sistema de regras interpretativas dos dispositivos legais e do Direito de uma forma geral, a qual propiciaria uma compreensão capaz de dar sentido à norma jurídica nas situações concretas diante do caráter de generalidade e abstração das mesmas, e até mesmo, diante da ausência de regramento normativo.

A importância de se compreender a Hermenêutica Jurídica repercute na compreensão da própria ciência jurídica, a qual exige que o intérprete interaja com a realidade plural de seu tempo cheia de conflitos, desigualdades sociais e burocracias, enfim, tão destoante do mundo idealizado na Constituição de Federal de 1988 que tem preocupações de cunho promocionais.

A sociedade plural da pós-modernidade composta por pessoas mais conscientes e mais reivindicativas não se contentam com as promessas promocionais da CF/88, as pessoas exigem a efetividade destas normas expressas, bem como a resolução de situações concretas existenciais afetas as áreas de sua vida que fogem a regulação normativa existente, em virtude de nem mesmo ter sido ainda regulamentadas.

Nesse sentido, merece destaque a ressalva feita por Maria Berenice Dias a respeito da ausência de previsão legislativa:

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de

reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento.<sup>108</sup>

A incapacidade das legislações para solucionar todas as situações subjetivas relacionadas ao Direito de Família hodierna é uma realidade incontestável. Tal problemática interpretativa do Direito já é denotada a partir da afirmação de André Gustavo Corrêa de Andrade, que assim dispõe:

O texto baliza o espaço de movimentação do intérprete; constitui a referência de sua interpretação. Daí o poder se afirmar que o intérprete é um colaborador na criação na norma. É o artífice, que trabalhará sobre a matéria bruta recebida do legislador.<sup>109</sup>

A interpretação do Direito de Família, bem como a interpretação jurídica de uma forma geral, não pode estar adstrita puramente a vontade do legislador, sob pena de aplicação de uma norma em descompasso com a realidade fática contextual. O intérprete do Direito atual não pode se escusar de exercer seu importante papel criativo e reflexivo nas situações concretas a eles submetidas e que demandam uma Hermenêutica mais condizente com o contexto social.

Lênio Luiz Streck critica a interpretação standartizada, reprodutiva e manualizada do Direito, no que ressalta que “a compreensão do (novo) papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito implica uma ruptura paradigmática”<sup>110</sup>, em prol de uma interpretação mais reflexiva e contextualizada com os anseios sociais.

O intérprete do Direito não pode esquecer que através de sua interpretação criativa poderá contribuir para o aperfeiçoamento da interpretação e aplicação das leis posteriores. Sobre a temática, João Batista Berthier Leite Soares nos convida a refletir acerca dos

<sup>108</sup> DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o Direito à diferença. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. (Coords). *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.169.

<sup>109</sup> ANDRADE, 2003, p.104.

<sup>110</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. (Org). *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.32.

benefícios da utilização de uma Hermenêutica Principiológica em prol do aperfeiçoamento das leis:

Eu costumo dizer que um dos papéis mais importantes que a jurisprudência pode ter é ser um mecanismo de aperfeiçoamento das leis. Pela história, não só do Brasil como de vários países, leis que um belo dia surgem foram, primeiramente, decisões judiciais que, na falta de uma lei, deram uma solução ao caso concreto analisado. (...) Acho que o magistrado deve saber que, ao levar em conta princípios constitucionais e valores, proferindo decisões pautadas neles, se está abrindo caminho para leis que virão, com base nestas decisões, e, por via transversa, com base em valores e princípios constitucionais. Acho que o Judiciário tem um papel que muitas vezes não é muito visível, que é o de dar, através da jurisprudência, o caminho para o aperfeiçoamento das leis.<sup>111</sup>

O convite reflexivo proposto pelo autor João Batista Berthier Leite Soares nos permite perceber que a utilização da Hermenêutica Principiológica se adéqua perfeitamente a situação enfrentada pelas novas famílias que ainda sofrem as conseqüências da ausência de previsão constitucional acerca do seu reconhecimento.

Nesse sentido, relevante também as palavras do autor Lenio Luiz Streck a respeito da importância da Hermenêutica Jurídica para a aplicação do Direito:

Dessa forma, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um) a hermé(nêu)tica jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Com (ess)a (nova) compreensão hermenêutica do Direito recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto, e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante.<sup>112</sup>

A Hermenêutica Jurídica entendida como sendo a arte da interpretação do Direito, revela-se como um processo de construção e de re-construção do Direito, na qual busca-se

<sup>111</sup> SOARES, João Batista Berthier Leite. Intérpretes da Constituição. In: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. (Org). *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da hermenêutica Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.203.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.230.



superar a interpretação positivista ainda persistente em nosso sistema jurídico brasileiro, e se esforça para consecução de uma prestação jurídica de melhor qualidade. A Hermenêutica Jurídica não pode estar dissociada da interpretação, pois ambas unidas constituem fortes instrumentos em prol da busca da verdade e do ideal de justiça que se quer obter nas diversas situações concretas.

Na contemporaneidade, os estudos acerca da Hermenêutica Jurídica não estão mais voltados unicamente para temas clássicos, a exemplo da antiga preocupação com a determinação das fases da Hermenêutica. É reconhecida a contribuição destas questões preliminares, mas a Hermenêutica Jurídica atual está preocupada com a essência própria da tarefa interpretativa.

A Hermenêutica Jurídica deve se esforçar e concretizar sua difícil missão de proporcionar uma eficiente interpretação e aplicação do Direito de Família que responda aos anseios, e inúmeros conflitos e situações da realidade social atual, tarefa que, na concepção de Fabíola Santos Albuquerque, apenas mediante utilização de uma Hermenêutica Principiológica e da jurisprudência como elemento transformador<sup>113</sup>, o Direito de Família contemporâneo poderá revelar o seu caráter democrático e igualitário com relação às novas famílias existentes.

Entretanto, a consideração dos princípios constitucionais pela Nova Hermenêutica Jurídica como sendo elementos essenciais na resolução dos relacionamentos familiares da atualidade, deve ser vista com muita cautela no momento de sua utilização, sob pena de incorrer em banalização, tal qual tem acontecido com o princípio da dignidade da pessoa humana em muitas situações.

Mesmo a Hermenêutica Principiológica sendo amparada por uma gama de princípios, contribuindo para uma melhor interpretação e resolução das situações concretas do Direito de Família contemporâneo, não se pode esquecer que ainda está instaurada grande insegurança jurídica em virtude da omissão legislativa destinada a estes novos relacionamentos familiares. Deste modo, a Hermenêutica Principiológica, que pretende ser integradora e preza pela inclusão social, fica adstrita ao critério do arbítrio dos interpretes dos intérpretes quanto à sua aplicação.

---

<sup>113</sup> ALBUQUERQUE, 2010, p.45.

Não sem razão o ordenamento jurídico se constitui de regras e princípios, pois essa organização se faz imprescindível para trazer equilíbrio ao intérprete do Direito quando do julgamento das situações concretas. Ademais, se as leis não satisfazem aos anseios familiares contemporâneos, compete aos princípios se assenhorear desta importante função, e trazer soluções mais condizentes com a realidade plural da atualidade. Não obstante, a importância de sua aplicação nas relações familiares atuais, os princípios não podem ser aplicados de forma desmesurada, não assumindo caráter absoluto, devendo com isso ser limitada a sua aplicação sopeçando outros princípios bem como os valores éticos.

Assim, após todo o exposto, e independente das considerações hermenêuticas trazidas pelos pensadores, o que se deve proteger primeiramente em todo processo envolvendo as novas formas familiares é o respeito à dignidade humana destes novos integrantes, situação esta que será permeada por intermédio da mais ampla utilização dos princípios, notoriamente do respeito ao princípio da autonomia privada e da liberdade com relação à forma escolhida de constituição das famílias. Além destes, se faz necessário também que o magistrado fique mais próximo do ocorrido sobre os fatos e não se sinta intimidando em utilizar a Hermenêutica Principiológica como instrumento em prol da proteção da autonomia privada dos integrantes das novas entidades familiares.

Espera-se, por meio desta pesquisa científica, fazer compreender que a Hermenêutica tem o condão de propiciar que a Família seja entendida como uma ampla área, sendo influenciada por outros saberes e ciências, o que implica dizer que esta não deve ser estudada de forma isolada como sendo um conhecimento estanque.

Aliado a isso, a compreensão da Hermenêutica levando-se em consideração apenas um entendimento não seria aconselhável, pois definições de Hermenêutica consideradas restritivamente podem servir a fins delimitados e inconsistentes para explicar o complexo e importante problema hermenêutico relacionado às novas entidades familiares. Enfim, devemos ficar com o entendimento do autor Luiz Rohdem, que enuncia que “péssima é a hermenêutica que pode ou pretende acabar com a circularidade do saber em nome de uma filosofia que “crê que pode ou deve ficar com a última palavra.”<sup>114</sup> Assim, resta claro a importância de se trazer diferentes contribuições hermenêuticas, que apesar de destoantes em

---

<sup>114</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo, Rio Grande do Sul: UNISINOS, 2005, p.175.

certos aspectos, foram muito positivas para a compreensão da necessidade de utilização de uma Hermenêutica Principiológica para a devida interpretação do Direito de Família atual e, por conseguinte da revelação da verdade, o que nos dias atuais, significa solucionar adequadamente as inusitadas situações concretas decorrentes das novas formas famílias.

Tendo em vista que a Hermenêutica Principiológica ou Nova Hermenêutica Jurídica está relacionada com a utilização de princípios jurídicos, se mostra imprescindível apresentar os principais princípios afetos ao Direito de Família atual que pretendem assegurar a proteção da autonomia privada dos componentes das novas famílias em virtude da ausência de previsão constitucional a respeito da constituição das mesmas.

## 5. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

É cediço que as leis não conseguem acompanhar as modificações ocorridas na sociedade e na organização da estrutura familiar. Até a codificação civilista não satisfaz os anseios referentes ao Direito de Família atual, em virtude da dinamicidade da vida e das relações sociais.

A necessária reformulação do Direito Civil objetivando contemplar fielmente a realidade familiar contemporânea, deve se levar em consideração um Direito principiológico, ou seja, que esteja em consonância com os princípios norteadores do Direito de Família.

Na concepção de Rodrigo da Cunha Pereira, os princípios exercem uma função de otimização do Direito, revelando uma importância muito grande para o Direito de Família, pois é por intermédio destes que se pode melhor viabilizar a adequação da justiça no caso concreto, o que implica poder escolher a melhor solução, mesmo que esta figure acima de valores morais, os quais na maioria das vezes são estigmatizantes.<sup>115</sup>

Em virtude da relevância dos princípios norteadores do Direito de Família é que se faz necessário trazer alguns dos mais importantes destes princípios, sem os quais se torna impossível apreciar com justiça as situações concretas do âmbito familiar, as quais requerem, para estar condizente com a realidade, o abandono de decisões baseadas em valores moralistas e a proteção da autonomia e inclusão na sociedade das novas entidades familiares.

Ainda com relação aos princípios norteadores do Direito de Família, não se pode esquecer que estes além de terem surgido e ganhado força com o advento da CF/88, pautam seus direcionamentos tendo como fundamento o respeito ao processo de constitucionalização do Direito Civil, que dá ensejo a uma nova hermenêutica constitucional.

É cediço que com o processo de constitucionalização do Direito Civil, os princípios obtiveram força normativa, deixando de serem aplicados supletivamente, para figurar como esteio a estabelecer diretrizes para toda a estrutura organizacional do Direito, tal como, o Direito de Família contemporâneo, o qual ainda está a sofrer com os percalços da ausência de previsão constitucional de suas novas entidades familiares.

---

<sup>115</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.57-58.

Na estruturação jurídica da família atual, as normas não podem estar dissociadas do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que, não existe ser humano que não possua dignidade. O princípio da dignidade humana é um macroprincípio ético que norteia, e sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios importantes para o Direito de Família, tais como, a afetividade, a igualdade e respeito às diferenças, pluralismo familiar, autonomia privada e intervenção mínima estatal, o melhor interesse da criança e do adolescente, a paternidade responsável, a solidariedade e a responsabilidade.

Deste modo, se mostra necessário a estruturação e apresentação dos principais princípios fundadores do Direito de Família, os quais nos fornecerão subsídios para compreensão adequada do Direito de Família atual, além de nos auxiliar quanto a utilização de uma hermenêutica que esteja mais voltada aos novos anseios e questionamentos trazidos a partir do surgimento das novas entidades familiares.

## 5.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Brasil e em todos os países, o princípio em comento tem sido foco de grandes discussões por parte dos doutrinadores e juristas. O princípio da dignidade da pessoa humana está expresso no artigo 1.º, III da CF/88, sendo considerado o núcleo essencial dos direitos fundamentais e base para o Estado Democrático de Direito e de todo o ordenamento jurídico pátrio, tal como se pode verificar:

Art.1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana.

Retomando a questão para o âmbito familiar, tem-se que o Direito das Famílias é estritamente relacionado como os direitos humanos, o qual tem como primazia a proteção da dignidade humana.

A dignidade humana é tida pela Constituição como o mais importante dos seus princípios, sendo elevado à categoria de um macroprincípio jurídico, deste modo, impedir o exercício deste direito pelos componentes familiares significa desrespeitar as diferenças, as subjetividades e as escolhas pessoais dos indivíduos, além de ir de encontro como as normas constitucionais que lhes asseguram.

A atribuição da dignidade humana à categoria de princípio constitucional é fruto de uma conquista histórica, em que diante da importância dos valores por ele defendidos revelou-se imprescindível incluí-lo entre os princípios do Estado.

Acerca da dignidade humana, a autora Maria Berenice esclarece:

Trata-se de direito fundamental que se calça nos princípios da igualdade e da liberdade, além de servir de mola propulsora à intangibilidade da vida humana, à integridade física e psíquica, às condições básicas matérias mínimas para garantir o tão almejado acesso à felicidade<sup>116</sup>.

Como visto, para a autora, a razão do Estado se preocupar com a família justifica-se no fato de entender que é por intermédio desta que os membros familiares podem exercer sua dignidade.

Reforçando a importância da dignidade humana, a autora Roxana Cardoso Brasileiro Borges ressalta:

É a própria pessoa, tendo a materialização do patrimônio mínimo, quem definirá em que consiste sua dignidade e quais são os atos que possam agredi-la. Não são o Estado nem o direito os entes capazes de estabelecer o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana.<sup>117</sup>

Nos dias atuais, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como sendo um valor subjetivo, faculdade de se autodeterminar conforme a valoração que cada indivíduo tem sobre si mesmo, deste modo não cabe o Estado, o ordenamento e nem mesmo pessoas

<sup>116</sup> DIAS, Maria Berenice, 2009, p.149-150.

<sup>117</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.144.

pautadas em valores morais conservadores determinarem o sentido da dignidade, sob afronta de se negar a possibilidade do indivíduo exercer sua autonomia privada e conseguir sua realização pessoal. Deste modo, o ponto de partida para o entendimento do princípio da dignidade humana tem como fundamento a valorização de valores éticos em detrimento de valores morais.

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta que o juízo moralista sempre está atrelado à formalidade e aos ditames legais, enquanto que o juízo ético escolhe o justo, e se serve dos princípios para encontrar a solução mais justa e adequada para as situações concretas.<sup>118</sup>

O princípio da dignidade humana é comumente passível de relativizações por parte das pessoas, fato que é justificado por este princípio possuir além do conteúdo normativo, um conteúdo valorativo que dá ensejo a múltiplas interpretações subjetivas.

Merece atenção a manifestação de indignação proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli acerca do uso abusivo e banalização do princípio da dignidade humana:

(...) Tenho refletido bastante sobre essa questão, e considero haver certo abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas, o que influencia certa doutrina, especialmente de Direito Privado, transformando a conspícua dignidade humana, (...), em verdadeira panacéia de todos os males.<sup>119</sup>

Ocorre que, o princípio da dignidade humana não pode ser um instrumento a ser utilizado desmedidamente à serviço das pessoas para se defender de toda e qualquer forma de desrespeito sofrido por estas, sob pena de banalização e enfraquecimento do referido princípio.

---

<sup>118</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.110.

<sup>119</sup> RE 363.889, rel. Min. Dias Toffoli, j.em 7- 4 – 2011.

### 5.1.1 A dignidade humana e a autonomia privada

Aliado a isso, as mudanças sociais e conseqüentemente, a nova hermenêutica constitucional alertam para que se volte mais atenção para os valores personalísticos trazidos com a CF/88 em detrimento dos valores patrimonialistas e conservadores do antigo Código Civil de 1916.

No entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira, uma sociedade que pretende ser justa e democrática não pode em nenhum momento se afastar de considerar a liberdade e a autonomia privada dos indivíduos, o que implica dizer que o não reconhecimento dos novos tipos de famílias constitui um desrespeito aos Direitos Humanos, e conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana, haja vista que o Direito familiar só estará condizente com os valores defendidos pela dignidade humana e com os Direitos Humanos quando esses novos relacionamentos familiares não se encontrarem à margem da sociedade e do reconhecimento jurídico.<sup>120</sup>

Deste modo, a importância do princípio da dignidade humana para o Direito de Família está na defesa da autonomia privada e da liberdade dos indivíduos, o que consiste em dispensar o mesmo tratamento digno a todas as novas conformações familiares.

Não se pode esquecer que a autonomia privada constitui-se em importante elemento da dignidade, o que implica dizer que sem o exercício da autonomia pelo indivíduo não se tem dignidade.

A autonomia privada constitui-se no poder conferido a pessoa permeando a esta regular, com efeitos jurídicos suas relações, tendo o respaldo do sistema jurídico.<sup>121</sup>

Deve-se ressaltar que a autonomia privada não deve ficar adstrita a questões patrimoniais, pois abarca também situações subjetivas existenciais, a exemplo dos problemas envolvendo os direitos de personalidade.

---

<sup>120</sup> CUNHA PEREIRA, Rodrigo da, 2012, p.120.

<sup>121</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p.29.



Acredita Elimar Szaniawski que em havendo conflito entre os direitos de personalidade e o exercício da autonomia privada, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade para melhor solucionar a situação do caso concreto.<sup>122</sup>

Entretanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade exige muita cautela, pois este princípio confere ao magistrado certa carga de subjetividade, fato que pode dificultar o exercício da autonomia privada, e conseqüentemente o respeito à dignidade e personalidade humana.

Ademais, a relatividade atribuída aos valores constantes na sociedade é a causa das controvérsias e dos constantes conflitos entre os princípios jurídicos. A relatividade surge por conta dos inúmeros entendimentos ideológicos, morais, políticos ou econômicos, e sobretudo, das circunstâncias vivenciadas por cada pessoa, as quais, determinam o desenvolvimento psíquico do indivíduo, o qual é fruto de sua estrutura familiar.<sup>123</sup>

## 5.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Inicialmente, se deve registrar que o conceito de liberdade está relacionado com o poder atribuído as pessoas para decidir, e escolher entre diversas opções constantes de sua vida.

Mas, não se pode esquecer que de nada adianta poder escolher acerca dos rumos constantes da vida, sem lhe ser ofertado subsídios e condições objetivas para que estas escolhas possam sair do campo da garantia para a verdadeira realização. Deste modo, a atuação do Poder público deve ser no sentido de permear que as pessoas livremente possam decidir a respeito da sua personalidade, das suas escolhas afetivas e sexuais, das questões existenciais, enfim, cabe ao Estado propiciar que a dignidade humana possa ser cumprida por intermédio da concretização do direito à liberdade.

---

<sup>122</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993, p.114.

<sup>123</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.83.

Ao analisar o que denomina de “Paradigma do Estado Social do Direito”, Mônica Neves Aguiar da Silva Castro revela o seu entendimento acerca do ideal respeito ao direito à liberdade:

A teoria dos direitos fundamentais do Estado Social de Direito tem seu ponto de partida na liberal burguesia, mas não concebe o homem como sujeito isolado (indivíduo-livre) senão como membro ativo de uma sociedade plural na qual todos são igualmente livres. (...) Não basta, entretanto, a liberdade formal. Busca-se assegurar a todos o gozo efetivo da liberdade em condições de igualdade. A liberdade, pois, não é tida somente como atributo jurídico formal, senão que se busca a liberdade real, isto é, a possibilidade material de todos os cidadãos gozarem efetivamente, do mesmo grau de liberdade, em condições de igualdade.<sup>124</sup>

Como visto, embora tenha se originado das garantias de liberdades dos valores burgueses, na qual o Estado funcionava como protetor dos direitos dos burgueses, os direitos fundamentais, tal como, o direito à liberdade, para fiel atendimentos dos atuais anseios sociais devem respeitar o homem como sendo este um sujeito de direito ativo e integrante de uma sociedade plural, e que necessita exercer sua liberdade.

A concepção do sujeito de direito delineada pelos valores burgueses, na qual se centrava na fidelidade e heterossexualidade como exigências a ser cumpridas pelos indivíduos na função de procriação e de continuação do patrimônio da família, não mais satisfaz a realidade plural do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, todos os indivíduos, independentemente de serem homossexual ou heterossexual devem ser igualmente protegidos pelo Estado.

Em sendo assim, a concepção de igualdade condizente com as exigências do Estado Social do Direito não satisfaz ser de ordem puramente formal (perante a lei)<sup>125</sup>, devendo ser conferida também a possibilidade de exercício efetivo da liberdade, o que significa, assegurar

<sup>124</sup> CASTRO, 2002, p.86-87.

<sup>125</sup> Acerca da utilização dos critérios formal e material do direito à igualdade, bastante esclarecedoras as palavras de Belmiro Vivaldo Santana Fernandes, que assim explica: “Em linhas gerais, a igualdade formal ou igualdade perante a lei refere-se à aplicação irrestrita do direito, em que as características pessoais dos destinatários das normas jurídicas não são levadas em consideração para um abrandamento normativo. Por outro turno, a igualdade material ou igualdade na lei exige que o aplicador avalie as condições pessoais dos sujeitos de direito envolvidos na relação jurídica, pois poderão necessitar de ajustes vindos do aplicador, através da utilização da isonomia.” FERNANDES, Belmiro Vivaldo Santana. *O dano moral por discriminação à pessoa em decorrência de orientação sexual*. 2006. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006, p.46.

a todas as pessoas um igual tratamento digno, pois só desta maneira os integrantes das novas entidades familiares poderão ter respeitado o direito as suas liberdades.

A despeito do desrespeito à igualdade formal, Belmiro Vivaldo Santana Fernandes faz a seguinte ressalva:

A concretização do imperativo jurídico da igualdade formal é desafiada por uma realidade de discriminações em virtude da orientação sexual, sendo necessário, para que seja implementada, a utilização de critérios expressos de proibição a supostas diferenças. Por esses motivos, a igualdade perante a lei só alcançará a universalidade mediante a ruptura do modelo abstrato de que o sujeito de direito é aquele que possui uma orientação heterossexual.<sup>126</sup>

As inúmeras discriminações por orientação sexual só vem a comprovar o flagrante desrespeito ao consagrado princípio constitucional da igualdade, o que gera a necessidade de atuação imediata do Poder legislativo no sentido de prever normativamente a situação das novas entidades familiares para que assim possam os integrantes destas famílias obter segurança jurídica para o pleno exercício dos seus direitos.

E respeitar o princípio da liberdade dos integrantes das novas famílias significa também proteger a manifestação da autonomia privada destes, significa assim, admitir escolhas sexuais dissonantes do modelo admitido de orientação heterossexual, pelo fato da liberdade ser decorrente do exercício da autonomia privada dos indivíduos. Partindo desta premissa, a inadmissibilidade do reconhecimento das uniões homoafetivas como sendo entidades familiares, além de desrespeitar o princípio da liberdade, ao retirar a possibilidade das pessoas livremente escolher suas formas familiares, constitui também uma afronta à autonomia privada e dignidade da pessoa humana.

### 5.3 PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO

A discriminação é a dispensa de tratamento injusto a certos indivíduos ou grupos que são alvos de preconceitos sociais, sendo tal tratamento injusto podendo se manifestar de diversas

---

<sup>126</sup> FERNANDES, 2006, p.50.

maneiras e locais, tais como, em locais públicos, locais de trabalho, escolas, e na própria família pelos familiares.

Em seu livro intitulado *Homossexualidade: Mitos e verdades*, Luiz Mott, professor da Faculdade de Ciências Sociais e Filosofia da Universidade Federal da Bahia (UFBA) faz uma análise a respeito da discriminação decorrente da orientação sexual no Brasil, e pôde observar que as ações mais freqüentes contra homossexuais foram as seguintes: a) ameaças; b) tortura e agressões; c) insultos; d) discriminação e difamação em meios eletrônicos; e) violência contra gays, lésbicas e travestis; f) discriminação em órgãos públicos; g) discriminação religiosa, escolar e científica, e familiar; h) discriminação em locais de trabalho, com relação a manifestação de liberdade de ir e vir, além de desrespeito ao direito à privacidade.<sup>127</sup>

A partir da compreensão de que a livre manifestação das escolhas sexuais representa um elemento indispensável para o desenvolvimento dos direitos de personalidade e concretização da dignidade da pessoa humana, não se pode permitir que a ingerência estatal indevida seja um obstáculo ao reconhecimento de uma sociedade plural e da extinção das formas de discriminação, indispensáveis aos anseios do atual Estado Democrático de Direito.

A despeito das significativas conquistas aos direitos dos homossexuais nos últimos anos, é sabido que o reconhecimento de uma sociedade plural ainda não se revela integralmente concretizado. Prova disto é a fácil constatação de que as várias formas de discriminação por orientação sexual salientadas pelo professor Luiz Mott ainda persistem latentes na sociedade brasileira.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes alerta para o fato de que o malefício ocasionado pela discriminação por orientação sexual não se restringe exclusivamente a um indivíduo, mas seus danos prejudicam toda a sociedade, devendo estes danos serem severamente punidos, em virtude do interesse social que comportam.<sup>128</sup>

A expressa previsão do art. 3º da CF/88 que proíbe a discriminação por orientação sexual, e a progressiva aplicação e reconhecimento no ordenamento jurídico de instrumentos que visam assegurar a reparação dos danos morais decorrentes da insurgência deste direito, não deixa margem para que sentimentos como a intolerância e o preconceito persistam numa

---

<sup>127</sup> MOTT, Luiz. *Homossexualidade: mitos e verdades*. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2003, p.82.

<sup>128</sup> FERNANDES, 2006, p.125.

sociedade que se afirma como sendo democrática. Deste modo, o respeito a não-discriminação por motivo de orientação se apresenta como um imperativo para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja concretizado.

#### 5.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E RESPEITO ÀS ALTERIDADES

A igualdade e o respeito às alteridades representam um dos mais importantes princípios tanto para o ordenamento jurídico como para o Direito de Família contemporâneo, sem os quais não se pode falar em dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Rodrigo da Cunha Pereira:

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 devem estar incluídos no laço social. (...) Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso, devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. Necessário desfazer o equívoco de que as diferenças significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade.<sup>129</sup>

A igualdade de direitos entre homens e mulheres se tornou evidente na sociedade após o advento da Constituição Federal de 1988, sendo esta impulsionada pelo fim da hegemonia patriarcalista, ingresso das mulheres no mercado de trabalho, e conseqüentemente, redivisão dos afazeres domésticos e educação dos filhos com os homens.

É sabido por todos que a queda do patriarcalismo e o movimento feminista acarretaram significativas modificações no ordenamento jurídico ocidental e nos antigos entendimentos acerca da igualdade, o que vem a provar o reconhecimento de ambos os parceiros serem considerados como sujeitos desejantes.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.163.

<sup>130</sup> Ibid., p.172-173.

Atualmente, a CF/88 predispõe que a verdadeira igualdade de direitos entre homens e mulheres só é concretizada quando esta é exercida em igualdade de condições tanto pelo homem como pela mulher.

Conforme o art. 225, §5º da CF/88, os direitos e deveres são exercidos igualitariamente pelo casal, em sistema de cogestão, devendo as controvérsias levadas para serem resolvidas pelo magistrado.

Este princípio vem a reforçar a extinção do poder marital e com a antiga idéia de que a mulher devia estar incumbida apenas dos afazeres domésticos e da função de gerar filhos. Em nossos dias, o dever de sustentar a família é do casal, ou seja, do homem e da mulher, cada um contribuindo conforme as suas condições financeiras.

Antigamente no Código de 1916, os direitos e deveres do marido e da mulher encontravam-se separados, entretanto com a abertura constitucional trazendo tratamento isonômico ao matrimônio e a união estável, o Código Civil de 2002 afastou as diferenças antes consideradas e tratou igualitariamente os cônjuges e companheiros.

Apesar de, inicialmente, ter analisado o princípio da igualdade no tocante à igualdade entre homens e mulheres, não se pode deixar de registrar que o princípio da igualdade ou isonomia não se restringe apenas no tocante a igualdade entre os gêneros. O princípio da igualdade é bastante amplo, sendo utilizado atualmente também para tratar das questões da igualização das novas entidades familiares, do tratamento a ser dispensado a todos os filhos, sejam eles sanguíneos ou não, além de tratar de assunto que foge à seara familiar, a exemplo do relacionado à igualdade de outras categorias.

O art.227, §6º disciplina plena igualdade entre todos os filhos, sejam eles havidos ou não do matrimônio, ou adotivos, devendo ser garantidos a todos os mesmos direitos e qualificações, além de serem vedadas quaisquer formas de discriminação relacionadas à filiação.

## 5.5 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

Ao romper com a égide familiar patriarcal, hierarquizada e que só considerava o casamento como única espécie de família a ser admitida na sociedade brasileira, a Constituição Federal de 1988 ocasionou verdadeira revolução no Direito de Família atual.

É cediço que o art. 226<sup>131</sup> da CF/88 ao fazer a extensão conceitual das espécies de famílias admitidas, trouxe significativas inovações ao reconhecer e colocar sob a tutela constitucional outras formas familiares distintas do casamento. Tais inovações da CF/88 possibilitaram o despontar de novas diretrizes, e princípios fundamentais no Direito de Família contemporâneo, a exemplo, do princípio do pluralismo familiar, que surgem na ânsia de solucionar as lacunas e omissões existentes quanto à devida regulação constitucional das novas entidades familiares.

Ademais, diante de inúmeras espécies familiares existentes na sociedade brasileira, não se mostra sensato coadunar com o entendimento de certos doutrinadores que a lista de espécies familiares constante do art. 226 da CF/88 é taxativa, devendo ser interpretada como sendo uma “norma de clausura”.<sup>132</sup>

A realidade familiar mudou, não estando mais a família contemporânea a ser compreendida exclusivamente sob a égide patrimonial, com o objetivo de reprodução, revelando um novo perfil que leva em consideração novos valores, tais como, a repersonalização, a afetividade, a solidariedade, a pluralidade das entidades familiares, e a livre manifestação da autonomia da vontade com relação as escolhas sexuais, para que se possibilite o desenvolvimento da personalidade humana dos integrantes das novas entidades familiares.

Considerando o caráter exemplificativo do art. 226 da Constituição Federal, Paulo Luiz Netto Lôbo defende o respeito da pluralidade das formas familiares existentes na atualidade:

---

<sup>131</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

<sup>132</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.193.

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput.<sup>133</sup>

O princípio do pluralismo familiar defende a proteção e regulamentação normativa das novas entidades familiares existentes, ressaltando que a lista das entidades familiares contidas na Constituição não deve ser considerada taxativamente, e sim de forma exemplificativa, e deste modo, deve ser assegurado respeito a todas as espécies de entidades familiares, que sejam pautadas no afeto e preencham os requisitos exigidos para os casais heterossexuais.

Em idêntico diapasão, Álvaro Villaça Azevedo se manifestou favoravelmente a realidade plural da família contemporânea:

(...) a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a ‘base da sociedade’, tendo ‘especial proteção do Estado’, nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família. O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é melhor.<sup>134</sup>

Oportunas as palavras de Álvaro Villaça Azevedo ao reafirmar o respeito pelas novas formas de famílias existentes na atualidade, entretanto, não se pode deixar de registrar que para tais relacionamentos sejam tutelados legalmente, os mesmos devem preencher os mesmos requisitos exigidos para configuração da união estável.

O respeito para com o pluralismo familiar se deve ao seu compromisso com o desenvolvimento da personalidade e dignidade humanas, voltando toda a atenção para a pessoa em detrimento de valores patrimoniais. E, para tal intento, importante se faz reconhecer o caráter plural da família atual, o que só será efetivado quando da regulamentação normativa feita pela Constituição Federal.

<sup>133</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em 17/09/2011.

<sup>134</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato, de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 240.



Assim sendo, o reconhecimento da pluralidade familiar é uma necessidade, pois não se cogita falar em dignidade da pessoa humana se somente um tipo de sujeito jurídico está tutelado socialmente, significando uma afronta ao Estado Democrático de Direito e as premissas constantes do art.3.º da CF/88, tal como se pode verificar:

Art.3.º. 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.

Outra consideração que merece registro, é que o ensejo à aplicação do princípio da pluralidade das formas familiares tem origem com a própria Carta Magna, ao estabelecer em seus dispositivos o Estado Democrático, o respeito à liberdade, o bem-estar, a igualdade, e a não discriminação como valores absolutos a serem observados por todos na sociedade.

Como visto, diante das constatações inequívocas de mutações na estrutura organizacional familiar, se mostra inaceitável relegar a marginalização social as formas plurais de família existentes. Entretanto, o temor de que a aceitação das novas entidades familiares possam trazer prejuízos para as concepções familiares admitidas, representa uma das causas obstativas a entravar a aceitação da pluralidade das formas familiares.

## 5.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A partir das significativas transformações ocorridas na estrutura organizacional familiar, a família passou a se formar basicamente pelo afeto, passando as motivações econômicas a ser uma preocupação secundária.

Paulo Luiz Netto Lôbo asseverou a importância da afetividade no Direito de Família contemporâneo:

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário.<sup>135</sup>

Atualmente, o afeto representa um elemento primordial em toda entidade familiar, independentemente deste elo seja parental ou conjugal.

Não desmerecendo o papel do afeto como elemento primordial em todo núcleo familiar, o afeto, sozinho, se mostra insuficiente para configuração de uma entidade familiar, pois para tal sucedâneo, embora o afeto seja necessário a garantia da existência de uma família, prescinde-se também de outros elementos que juntamente com o afeto venha configurar a família.<sup>136</sup>

A partir da valorização do afeto, novas concepções e entendimentos a respeito do Direito de Família contemporâneo despontaram na atualidade, pois para a realidade familiar plural, a verdadeira família só se forma através da oportunidade dada as pessoas para livre manifestação das suas escolhas sexuais e da afetividade.

## 5.7 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, os pilares do Direito Civil se modificaram, voltando sua atenção para a preocupação com a dignidade da pessoa humana, acarretando assim a ampliação do âmbito de aplicação da autonomia privada, que também repercutiu na seara familiar.

---

<sup>135</sup> Lôbo, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.6, n.24, p.155, jun/jul.2004.

<sup>136</sup> CUNHA PEREIRA, 2003, p.13.

A estreita relação da autonomia privada com o princípio da menor intervenção estatal, denota o entendimento que o respeito da autonomia privada na seara familiar, só seria exercido pelos integrantes da família quando da escolha por estas das regras relacionadas com sua convivência.

Reforçando este entendimento, o art. 1513 do CC de 2002<sup>137</sup>, preconiza que, as pessoas têm o direito de escolher a maneira que irão constituir sua vida familiar, seja por intermédio do casamento, seja pela união estável, sem haver nenhuma coerção ou direcionamento de instituições públicas ou privadas.

Mas o respeito ao exercício da autonomia privada em âmbito familiar não se deve restringir na escolha pelo casamento ou pela união estável, pois as exigências sociais atuais exigem também que figure entre estas formas admitidas, a possibilidade de reconhecimento das novas formas familiares para consecução da plena autonomia privada em um Estado que diz prezar pela liberdade e igualdade.

O princípio da autonomia e da menor intervenção estatal está bem delineado no entendimento de Roxana Borges, que afirma o seguinte:

O simples argumento moral não pode ser suficiente para permitir a intervenção do aparato jurídico ou judiciário na esfera privada de alguém, em sua intimidade, em sua privacidade, em suas opções de vida (...) Assim, o indivíduo deve ter liberdade em sua atuação privada, principalmente se sua atuação não atingir direitos de terceiros. E, se é uma máxima do direito que a liberdade de uma pessoa encontra seus limites na liberdade de outra, enquanto esses limites não forem atingidos, deve-se permitir que o indivíduo realize sua dignidade, sua personalidade e sua identidade sem a intervenção alheia, principalmente sem a intervenção da autoridade política, judicial ou policial, mesmo através do direito, com justificativas em teorias jurídicas.<sup>138</sup>

Não se pode esquecer que o desenvolvimento dos direitos de personalidade se apresenta estritamente relacionados à possibilidade de liberdade jurídica, a qual tem o exercício da autonomia privada como um de seus valores intrínsecos.

---

<sup>137</sup> Art. 1513 do CC. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

<sup>138</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.108.

Ademais, ao Estado somente cabe tutelar as normas do Direito de Família, e não interferir demasiadamente nas escolhas familiares, sob pena de desrespeito à intimidade e vida privada dos indivíduos. Rodrigo da Cunha Pereira, a despeito da atuação estatal, ressalta a competência do Estado apenas para tutelar a família e lhe assegurar garantias, que viabilizem a autonomia da vontade dos seus integrantes com relação à manutenção do relacionamento afetivo.<sup>139</sup>

Ainda com relação à atuação estatal perante a família, não é demais lembrar que a Constituição Federal de 1988, por intermédio do seu art. 226<sup>140</sup>, já afirmara que o compromisso do Estado com a Família deveria ser de proteção e não com a ingerência indevida na livre manifestação de vontade e da vida sexual e íntima das pessoas.

Deste modo, se percebe que a grande dificuldade que acomete o Direito de Família contemporâneo reside em conseguir conciliar o exercício da autonomia privada dos integrantes das novas formas familiares com o limite de intervenção estatal apropriado. Evidente, que esta dispendiosa tarefa, deverá fazer uso de uma Hermenêutica principiológica em prol da melhor adequação com os anseios do Direito de Família atual, bem como com o atendimento ao princípio da autonomia privada, e assim conseqüentemente, possibilitar a dignidade da pessoa humana.

## 5.8 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem suas origens nas transformações ocorridas no Direito de Família atualmente, especialmente, as decorrentes da valorização da pessoa humana no âmbito familiar. Nesse intento de respeito pela pessoa humana, tinha que se assegurar a proteção da criança e do adolescente por se encontrarem em situação de maior vulnerabilidade e fragilidade, em decorrência de ainda não ter atingido a maturidade plena e sua personalidade está em desenvolvimento. Diante da proteção que necessitava as crianças e os adolescentes, o Direito teve que criar maneiras protetivas de concretização desta necessidade.

---

<sup>139</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.182.

<sup>140</sup> Art. 226 da CF/88. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Outra consideração a respeito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o fato deste princípio estar estritamente relacionado com as garantias e direitos fundamentais da criança e do adolescente, o que faz prova o art. 227 da CF/88.<sup>141</sup>

Como bem lembra Rodrigo da Cunha Pereira, por muitos anos o melhor para os filhos era estar sob a guarda materna, mas com a redefinição dos papéis ocasionada pelo feminismo, pela entrada da mulher no mercado de trabalho, além da colaboração do homem nos afazeres domésticos e criação dos filhos, esta situação tão incontestável mudou significativamente. Nos dias atuais, ambos os pais participam da educação dos filhos, não devendo ter preferência entre estes com relação à concessão da guarda, pois o que deve ser priorizado é o que for melhor para a criança ou adolescente.<sup>142</sup>

Em certos casos, por exemplo, assegurar o melhor interesse da criança ou adolescente pode implicar abandono do preconceito e discriminação que possam estar atrapalhando a consecução deste desiderato. Nesta situação específica, pode ser apontado o famoso caso que aconteceu após a morte da cantora Cássia Eller, que levou os julgadores a se questionar qual seria o melhor destino do seu filho “Chicão”: se era ficar sob a tutela de Maria Eugênia, sua companheira, ou sob a tutela do avô materno.

A polêmica acerca da disputa pela tutela de Chicão ocorreu em decorrência da cantora Cássia Eller manter relacionamento homossexual com sua companheira Maria Eugênia, situação esta não muito tolerada pela sociedade brasileira daquela época.

Entretanto, após muita polêmica em torno do melhor destino para “Chicão”, o juiz Leonardo Castro Gomes, da 1.<sup>a</sup> Vara da Infância e Juventude, do estado do Rio de Janeiro, permitiu que a guarda provisória do menino ficasse com a ex-companheira Maria Eugênia. Logo após, as partes acordaram e decidiram que Maria Eugênia fosse a tutora de Francisco Ribeiro Eller, o “Chicão”.

Indubitável que nesta situação polêmica do menino Chicão, o juiz Leonardo Castro Gomes decidiu levando em consideração o princípio do melhor interesse da criança, pois após ouvida da criança, pode perceber que o melhor para Chicão era continuar na companhia de

---

<sup>141</sup> Art.227 da CF/88. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>142</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.155.

Maria Eugênia, que apesar desta não ter laços biológicos com o garoto, sempre o tratou e considerou com grande afetividade, do que ficar sob os cuidados do avô materno, que embora tivesse laços biológicos, não possuía o principal que era a afinidade.

Deste modo, esta surpreendente decisão representou muito mais que o respeito ao princípio do melhor interesse da criança, na medida em que preservou a integridade física, psíquica e o bom desenvolvimento da personalidade da criança, além de ter representado uma vitória contra o preconceito e discriminação com relação à adoção homoafetiva por pessoa homossexual.

O atendimento ao princípio do melhor interesse da criança exige o afastamento de todas as formas de preconceito, de valores morais e conservadores, pois o que deve ser priorizado quando do deferimento da guarda, adoção ou outras medidas protetivas para o bem-estar do menor é a verificação, no caso concreto, dos reais benefícios para a criança, o que enseja colocar em segundo plano os interesses dos pais ou terceiros, e mesmo, não admitir, em nenhuma hipótese, que a discriminação por motivo de orientação sexual retire a possibilidade de uma criança ou de um adolescente ser inserido numa família.

A importância do direito da criança e do adolescente ter uma família, é ressaltada por Pietro Perlingieri:

Afirma-se, depois de tantas incertezas, o direito do menor à família e, ainda mais em geral, o direito de qualquer pessoa de ter uma família. A importância desse reconhecimento assume o papel de pressuposto jurídico-cultural para a solução do problema da família e dos direitos fundamentais.<sup>143</sup>

Ao considerar a importância da família na vida das pessoas, Pietro Perlingieri, acertadamente, afirma que o que deve ser priorizado para o atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente, deve ser o direito destas ter uma família. Em sendo assim, os julgadores devem observar as reais circunstâncias do caso concreto e afastar quaisquer obstáculos que possam retirar a possibilidade destes indivíduos de serem inseridos numa família.

---

<sup>143</sup> PERLINGIERI, 2002, p.246.

## 5.9 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Depois da Constituição Federal de 1988 ter previsto em seu art.3º, I<sup>144</sup>, a solidariedade que era apenas considerada como dever moral, compaixão, ganhou força normativa de princípio constitucional.

Em breves linhas, Rolf Madaleno resume o significado da solidariedade nos relacionamentos familiares atuais:

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e co-operação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário.<sup>145</sup>

Do mesmo modo que a CF/88, o Código Civil também contém dispositivos que se preocupam com a solidariedade familiar, ao tratar da comunhão plena de vida estabelecida pelo matrimônio, dever de assistência, guarda, sustento e educação dos filhos, além da obrigação alimentar.

## 5.10 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE

Inicialmente, se deve registrar que, da mesma forma que a cidadania, a responsabilidade foi consagrada um relevante valor a ser observado por todos na sociedade atual.

A questão da responsabilidade tem sido uma preocupação constante pelo Direito Civil, o qual, inclusive, tratou de disciplinar em seus dispositivos a respeito dos limites da responsabilidade dos indivíduos.

---

<sup>144</sup> Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>145</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.90.

Para esclarecer o sentido do princípio da responsabilidade em âmbito familiar, mais uma vez a autoridade do Presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira nos brinda com suas explicações:

Mais que um valor jurídico, a responsabilidade é um princípio jurídico fundamental e norteador das relações familiares e que traz uma nova concepção sobre os atos e fatos jurídicos que, inclusive, está atrelada à liberdade que, por sua vez, encontra sentido na ética da responsabilidade.<sup>146</sup>

No estágio atual, a preocupação com a responsabilidade se encontra voltada para amparar, especialmente, pessoas mais frágeis ou necessitadas de uma maior proteção, tais como, a criança, o adolescente, e o idoso.

Outra consideração importante com relação ao entendimento da responsabilidade em tempos atuais, é o fato da preocupação em torno desta não se restringir apenas aos acontecimentos passados, assumindo também compromisso com os atos e conseqüências futuros decorrentes dos relacionamentos familiares.

Então, se percebe que uma das contribuições que se pode extrair do princípio da responsabilidade para o Direito de família, reside no entendimento de que os questionamentos decorrentes dos relacionamentos familiares não podem ser alvos de intromissão indevida por parte do Poder Público, pois não se deve esquecer que embora seja assegurada ao Estado a competência para tutelar a família, este órgão deve figurar como protetor, e isto não significa permitir a intromissão indevida em assunto tão íntimo e pessoal, que é o relacionamento familiar.

Além do mais, o afastamento do Poder Público de interferir nestas questões íntimas e delicadas atinentes ao Direito de Família, tem o condão de conferir maior carga de responsabilidade as pessoas, e assim conseqüentemente, para os relacionamentos afetivos.

Nos relacionamentos de cunho parental, o princípio da responsabilidade se apresenta especialmente no relacionamento entre pais e filhos, haja vista os pais serem responsáveis

---

<sup>146</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.234.



pela educação, criação, e incumbidos de dar todo suporte material e afetivo necessário a seus filhos.

Entretanto, a incidência do princípio da responsabilidade também se torna evidente nas relações conjugais, o que faz prova a compreensão e eliminação do instituto da culpa quando do término do casamento.<sup>147</sup>

Retornando a questão da responsabilidade nos relacionamentos parentais, será esclarecida nas linhas a seguir a estreita relação do princípio da responsabilidade com o princípio da paternidade responsável, o que faz este princípio ser entendido como um desdobramento daquele.

#### 5.11 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

A atenção especial a ser dispensada pelo princípio da paternidade responsável se deve a importância que a maternidade e a paternidade imbrinca na vida de todas as pessoas, sendo esta relação com os pais, responsável pelo desenvolvimento psíquico dos indivíduos.

Aliado a importância da paternidade na vida das pessoas, o caráter político e social que reveste o princípio da paternidade responsável também reforça o tratamento diferenciado que deve ser conferido a este importante princípio.<sup>148</sup>

Nesse compasso, o atendimento ao exercício da paternidade responsável não deve ser preocupação exclusiva a infringir particulares, interessando também, de forma inequívoca, o Estado, que tem compromissos sociais e assistenciais com toda a sociedade.

A paternidade responsável ganhou força jurídica, passando a ser prevista em regras e princípios constitucionais, tal como pode ser observado nos arts. 226, § 7.º<sup>149</sup>, e 229<sup>150</sup> da

---

<sup>147</sup> CUNHA PEREIRA, 2012, p.241.

<sup>148</sup> Ibid., p.243.

<sup>149</sup> Art.226, § 7.º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>150</sup> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

CF/88, os quais estabelecem que compete ao casal decidir acerca do planejamento familiar, sendo proibido qualquer forma de imposição ou influência pelos órgãos públicos e privados, além do dever de assistência e colaboração mútua existente no relacionamento entre pais e filhos.

O princípio da paternidade responsável que se revela como uma espécie de desdobramento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da responsabilidade, também se encontra disciplinado pela legislação infraconstitucional, conforme comprova os arts. 1.566, IV, e 1.634, II do Código Civil, e arts. 3º, 4º, 22 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

De forma sucinta, exemplo de aplicação do princípio da paternidade responsável pode ser visto no seguinte julgado do rel. Des. Caetano Lagrasta, do TJSP:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim.<sup>151</sup>

Consideração importante que se pode apontar com relação ao princípio da paternidade responsável é que o atendimento ao princípio da paternidade responsável pressupõe não apenas assegurar suporte material aos filhos. Dada a importância que o afeto tem na formação psíquica de todo indivíduo, o sustento material representa, pura e tão somente, uma das parcelas para o fiel atendimento da paternidade responsável. Ao lado deste sustento, de ordem econômica, se mostra imprescindível também prestar a assistência afetiva cuja inobservância enseja indenização por dano moral à vítima deste abandono afetivo.

Outra relevante consideração que se pode extrair deste princípio, é que o término do relacionamento do casal não significa término do relacionamento entre pais e filhos, permanecendo inalterado o dever de assistência material e imaterial existente neste relacionamento.

---

<sup>151</sup> TJSP, Ap. 511.903.4/7, rel. Des. Caetano Lagrasta, 8.ª Câmara de Direito Privado, j. em 12-3-2008.

## **6 DIREITO DE FAMÍLIA RUMO A UMA NOVA REALIDADE**

Feitos os devidos esclarecimentos a respeito das mudanças ocorridas na sociedade e seus valores, e a conseqüente evolução do Direito de Família, constatar cada vez mais o aparecimento das novas conformações familiares, devendo estas ter assegurado todo o respeito merecido representa além de uma questão de justiça, representa o atendimento das muitas situações inusitadas surgidas, as quais vão ao judiciário reclamando por seus direitos.

Imprescindível entender que a grande transformação estrutural ocorrida na família influiu de forma muito positiva para a evolução da mesma, o que pode ser verificada através das muitas conquistas que trazem uma realidade familiar diferente, mais aberta e descontraída.

Embora se pretenda enfatizar a evolução da família e mostrar as inovações benéficas trazidas com a Constituição Federal de 1988 para o âmbito do Direito Civil, isso não significa afirmar que o Direito de Família não esteja ainda carente de reforma e atualização.

Diante disso, o Direito de Família em direção a um novo perfil alerta para a necessidade de uma reformulação metodológica do Direito Civil para ver concretizado o reconhecimento dos novos relacionamentos familiares que despontam no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas, para consecução deste intento, que consiste em primar pela melhoria dos relacionamentos familiares, pela qualidade de vida das pessoas, pela garantia de todos os direitos, e respeito à autonomia privada e à dignidade humana, o Direito não deverá ser analisado dissociadamente das outras Ciências, como será esclarecido nas linhas que se seguem.

### **6.1 NECESSIDADE DE INTERDISCIPLINARIDADE**

A necessidade da interdisciplinaridade do Direito com outras Ciências justifica-se em prol de uma melhor compreensão de seu estudo e para poder solucionar as mais diversas questões polêmicas que surgem, a exemplo das relacionadas ao âmago familiar.

Apontando as conseqüências da Bioética para a realidade social, Maria Auxiliadora Minahim enuncia que:

Ocorre, todavia que, muito dos conflitos gerados pelo uso da biotecnologia, transcendem a esfera individual para afetar valores de uma coletividade, comprometendo o equilíbrio entre direitos individuais e direitos coletivos; a insegurança social resultante reclama o diálogo entre os interesses dissidentes em busca da pacificação. Este papel cabe ao direito que, ao tempo em contempla as diferenças individuais, identifica os pontos de comunhão para apaziguar o conflito. (...) O direito, ao estabilizar as expectativas justas, consolida seu compromisso com este valor, excluindo do seu âmbito regras que fortalecem o preconceito, a exclusão e as fantasias de irrealizável imortalidade.<sup>152</sup>

O Direito sendo fator e produtor social interage dialética e freqüentemente com outras ciências e elementos da sociedade<sup>153</sup>. Neste contexto, não cabe mais estudar o Direito, e especificamente o Direito de Família, de forma “estanque”, separado dos outros ramos do saber, pois este exige o relacionamento e efetiva comunicação com outros ramos do conhecimento para sua devida compreensão.

Corroborando deste entendimento e à guisa de reforço, cabe se valer da epistemologia de Thomas Kuhn, em sua obra: *O caminho desde a estrutura*, na qual desenvolve o conceito de ciência como construção social, produto de comunidades científicas e não de cientistas isolados a produzir conhecimentos fragmentados<sup>154</sup>.

Ainda em sede de contribuições epistemológicas, faz-se importante trazer a conceituação de conhecimento da autora Linda Zagzebski:

O conhecimento é um estado altamente valorizado no qual se encontra uma pessoa em contato cognitivo com a realidade. Trata-se, portanto, de uma relação. De um lado da relação está um sujeito consciente, do outro lado está uma porção da realidade com a qual o conhecedor está direta ou indiretamente relacionado<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> MINAHIM, M.A. Mãe de Aluguel: controvérsias sobre um tema pontual em uma cultura confundida. In: *A família na contemporaneidade*. 1.ed Salvador: Podivm, 2006. v.1, p.3.

<sup>153</sup> NEVES, Marcelo da Costa Pinto. O direito como fator de desenvolvimento social. In: *Revista do instituto dos advogados de Pernambuco*. Recife: 1983, p.113.

<sup>154</sup> KUHN, Thomas S. *O caminho desde a estrutura*. Tradução de: Cesar Mortari. São Paulo: UNESP, 2006, p.271.

<sup>155</sup> ZAGZEBSKI, Linda. O que é conhecimento. In: GRECO, John; SOSA, Ernest. *Compêndio de Epistemologia*. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p.153.

Em virtude de o conhecimento ser obtido através de uma relação de interação de um sujeito e a realidade social, não se pode conceber isolá-lo ou impossibilitar que interaja com outras áreas do saber humano, bem como com outros subsistemas da sociedade, e essa ressalva pode ser trazida para o direito, e aqui especificamente, para o Direito de Família, que se encontra repleto de questões por solucionar.

Para Gadamer, a experiência humana e não a restrição à ciência deve nortear a compreensão das coisas e a correta interpretação, especialmente no que diz respeito ao fenômeno da linguagem como experiência de mundo.

A compreensão é instrumento que permeia a interpretação. Para Gadamer, a compreensão se revela como um acontecer, ou seja, a interpretação da lei consiste numa tarefa criativa por parte do intérprete em cada situação concreta que lhe é trazida.<sup>156</sup>

No intuito de superar o modelo interpretativo tradicional preso em conhecimentos dogmáticos e positivistas, os posicionamentos de Gadamer contribuíram para a formação de uma Hermenêutica jurídica crítica e reflexiva.

A Hermenêutica jurídica crítica e reflexiva só será permeada quando da utilização pelos intérpretes atual do direito dos conhecimentos dos outros ramos dos saberes, e de uma principiologia jurídica em prol da reconhecimento da pluralidade familiar e da autonomia privada dos integrantes das novas conformações familiares.

## 6.2 INTERFERÊNCIA ESTATAL

Em decorrência de todas as mutações ocorridas na sociedade, já esclarecidas alhures, o papel do Estado contemporâneo foi redesenhado. Mas é fato que ele ainda continua a se valer da antiga idéia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e deste modo, portando-se como protagonista permanece, interferindo, indevidamente, no tocante ao exercício da autonomia privada na vida familiar das pessoas.

---

<sup>156</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2008, p.408.

Como visto, mesmo após reformulação, o Estado atual ainda continua muito influente na sociedade, situação às vezes não muito condizente com o atual Estado Democrático de Direito, cujas propostas giram em torno da não existência de separação entre Estado e sociedade, sendo aquele constituído pela sociedade para promover e salvaguardar os direitos dos seus integrantes.

De acordo com Daniel Sarmento, a incoerência do princípio da supremacia do interesse público no sistema jurídico brasileiro atual justifica-se no risco e entrave que este representa aos direitos fundamentais<sup>157</sup>.

Em sendo assim, entender pela supremacia do referido princípio significa dar azo ao predomínio de resquícios conservadores e autoritários que remontam ao Código Civil de 1916, os quais não são mais compatíveis com o sistema jurídico brasileiro guardião dos direitos fundamentais e que convive, cada vez mais, com a complementaridade existente entre o direito público e privado em virtude da interdependência entre ambos.

Dada a importância atribuída pela CF/88 aos direitos fundamentais como sendo estes interesses e direitos mais valiosos constantes em uma sociedade, cabe ressaltar que estes, na presente conjectura, não devem ser compreendidos apenas sob o viés individualista, sendo condizente tê-los como oponíveis também aos particulares.

Valendo-se novamente das lições do autor Daniel Sarmento no tocante ao papel estatal e respeito da autonomia privada, tem-se que:

Deve-se caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se repute mais adequada aos “valores sociais”, ou mais conforme aos interesses gerais da coletividade.<sup>158</sup>

Cada vez mais, fica nítido que o papel do Estado após a CF/88 deve estar adstrito às hipóteses de promoção do exercício dos direitos fundamentais aos indivíduos, franqueando-

---

<sup>157</sup> SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.27.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p.73.

lhe assim a ingerência do uso da autonomia privada em suas vidas familiares, quando atribui a estes a capacidade de se autodeterminar, de escolher seus caminhos, seus projetos de vida, enfim, buscar seu bem-estar e felicidade, e isto resta extensivo às polêmicas questões familiares.

Aliado a isto, não se pode esquecer o fato do Direito de Família ser caracterizado como o mais privado de todos os ramos civilistas, o que faz deste direito prescindir de ampla proteção contra interferência indevida do Estado, o que significa reconhecimento de limites no tocante à intromissão estatal indevida na vida particular das pessoas, respeito à autodeterminação, aos direitos de personalidade e dignidade dos integrantes da família.

Mas, ao passo que a Constituição Federal de 1988 situa a dignidade humana em seu centro de atenção, isto não significa, conforme Luis Roberto Barroso, atribuir valor absoluto aos direitos fundamentais, sendo estes passíveis de restrições, ponderações e observância das particularidades do caso concreto quando oportuno<sup>159</sup>.

A possibilidade de restrições aos direitos fundamentais é tema polêmico no ordenamento jurídico brasileiro, necessitando uma atenção especial dos constitucionalistas e intérpretes imbuídos dessa missão.

### 6.3 NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Constituição de uma sociedade moderna e globalizada demanda uma nova interpretação de suas normas, devendo estas apresentarem disposições fundamentais para disciplinar de forma harmônica os diversos questionamentos que despontam a todo instante.

A concretização efetiva deste propósito requer interpretar a Constituição levando-se em consideração a realidade vigente. Neste tema, mostra-se de grande valia trazer a reflexão de alguns autores que contribuíram em fornecer subsídios teóricos que nos possibilitam compreender o modelo hermenêutico constitucional que atenda com eficiência as necessidades presentes do contexto social que a pluralidade familiar se apresenta.

---

<sup>159</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.332.

Ferdinand Lassalle, em sua obra “Essência da Constituição”, defendia que a Constituição escrita para ser considerada eficaz e duradoura, deveria refletir os fatores de poder existentes na sociedade<sup>160</sup> e que os problemas constitucionais não representam problemas de direito, mas de poder<sup>161</sup>.

Considerando o problema constitucional como problema político, a interpretação constitucional proposta por Lassalle se mostra antiquada e dificulta o rompimento de valores e o progresso no sistema jurídico em vigência.

Contrariamente a este posicionamento e com uma proposta mais condizente com a sociedade moderna, Konrad Hesse apresenta sua teoria, a qual foi denominada de “Força normativa da Constituição”. Por intermédio desta teoria, Hesse ressalta que a Constituição não deveria se engessar numa estrutura unilateral e resumida dos fatores reais de poder da sociedade, e sim acompanhar a realidade social vigente<sup>162</sup>.

Arrazoado o entendimento de Konrad Hesse, pois, hodiernamente, toda interpretação constitucional deve ser presumivelmente realizada de acordo com o contexto da sociedade pluralista, democrática e solidária, o que significa apresentar correlação entre a constituição jurídica e o contexto político-social. A despeito deste condicionamento Hesse ressalta que:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma está em vigor ou está derogada; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.17.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p.40.

<sup>162</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p.21.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p.13-14.



Essa contextualização entre o ordenamento jurídico e a realidade social proposta por Hesse, nos permite constatar que quanto maior a conscientização dos direitos constitucionais pela sociedade, maior a propensão de sua efetividade no âmbito jurídico e social.

Como se pode perceber, Konrad Hesse relaciona a Hermenêutica constitucional a tarefa de concretização. Assim sendo, o intérprete e aplicador do Direito deve não medir esforços quanto a utilização de instrumentos concretizadores, tal como a principiologia jurídica, que possibilitem resolver a situação concreta. Nesse sentido, resta claro que, o tratamento discriminatório só deve ser aplicado, quando este tiver sido amplamente previsto na Constituição Federal. Do contrário, o intérprete do direito não deve proceder com tal tratamento discriminatório quando o ordenamento constitucional não tiver permitido.

Infere-se que apesar da proposta de Hesse se mostrar mais condizente com o modelo de interpretação constitucional da atualidade, e não desmerecendo suas contribuições relevantes para o âmbito do Direito Constitucional e, também como referencial teórico da concepção axiológica, é fato que a interpretação nestes moldes também não se dá por satisfatória, o que faz surgir novas propostas.

Dentre estas propostas de nova hermenêutica constitucional, Peter Häberle enuncia que:

A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. [...]. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade<sup>164</sup>.

Visando atender as exigências de uma sociedade aberta, Häberle defende uma democratização da interpretação da Constituição, no que consiste numa interpretação pluralista desta para abarcar não só juízes, mas também todos os participantes da realidade social.

---

<sup>164</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997, p.24

Um processo hermenêutico constitucional exercido apenas pela figura estatal é afrontar as premissas do Estado Democrático de Direito, que figura a pessoa humana como foco de sua atenção.

Também partidário da necessidade de uma nova hermenêutica a ser aplicada a Constituição, o autor André Ramos Tavares, reaviva o caráter transdisciplinar do Direito Constitucional<sup>165</sup>.

Percorrendo as propostas interpretativas sugeridas, vê-se que encontrar um modelo hermenêutico constitucional que satisfaça integralmente o ordenamento jurídico brasileiro é tarefa dispendiosa, mas que desde já revela por parte dos doutrinadores e juristas tentativas de concretização efetiva<sup>166</sup> do Direito constitucional pátrio em prol do benefício da sociedade.

---

<sup>165</sup> TAVARES, 2006, p.53.

<sup>166</sup> A definição de efetividade está bem delineada na obra de Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.220. Luis Roberto Barroso assentou com propriedade: “Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

## **7 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA ACERCA DAS NOVAS ENTIDADES FAMILIARES**

Oportuna se mostra fazer uma análise jurisprudencial pátria a respeito das novas entidades familiares, e para este intento, se faz necessário apresentar diversas jurisprudências de alguns tribunais estaduais de justiça, a inédita decisão do Supremo Tribunal Federal, além da jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça, os quais nos ofereceram subsídios que nos auxiliará a compreender e encontrar soluções para o panorama familiar brasileiro que nos será apresentado.

Apesar da posição favorável aos defensores da necessidade de regulação normativa das novas entidades familiares, será também mostrado o entendimento oposto, em respeito aos defensores que entendem pela inadmissibilidade de seu reconhecimento, fazendo menção a seus pronunciamentos, para que assim se possa analisar criticamente o tão delicado e polêmico questionamentos que giram em torno do Direito de Família contemporâneo.

Não se pode esquecer que há muito pouco tempo atrás, mais precisamente até o ano de 2010, tanto o STF como o STJ ainda não haviam se pronunciado acerca da situação das novas entidades familiares, estando estas excluídas do manto protetivo estatal. Entretanto, o precedente julgamento proferido pelo STF, em 05 de maio de 2011, que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, representou uma grande conquista para o segmento LGBT, o que faz prova o surgimento de inúmeros julgados favoráveis ao reconhecimento dos direitos referentes à conjugalidade homossexual após essa inédita decisão da Suprema Corte, que, inclusive, acabou influenciando decisões do Tribunal Superior de Justiça, e também inúmeros outros julgados de tribunais estaduais de justiça pátrio.

No tocante à pesquisa jurisprudencial, se faz importante registrar o fato de muitos dos julgados ainda não estarem informatizados e o inteiro teor dos mesmos devidamente disponibilizados em meio eletrônico, o que obstaculariza sobremaneira a pesquisa jurisprudencial online destes.

Mas, apesar das dificuldades encontradas em virtude da falta de disponibilidade de jurisprudência na internet, será feita a análise crítica procurando trazer os principais julgados que repercutiram nos tribunais pátrios.

## 7.1 JUSTIÇA FEDERAL

A análise da jurisprudência pátria acerca das novas entidades familiares será iniciada com a análise da jurisprudência da Justiça Federal. No tocante a jurisprudência da Justiça Federal será trazido o importante pronunciamento do Des. Federal João Batista Pinto Silveira no Acórdão n.º 2000.71.00.009347-0 do Rio Grande do Sul. Vejamos o que foi afirmado pelo Desembargador:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. (...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. (...) 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais (...).<sup>167</sup>

Não se pode esquecer a causa originária desta ação se deu com a proposição pelo Ministério Público Federal (MPF) da Ação Civil Pública na 3.ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, pedindo que fosse assegurado aos casais homoafetivos o direito de usufruir dos mesmos benefícios previdenciários assegurados aos casais heteroafetivos pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), tal como, o auxílio-reclusão e pensão por morte.

O desfecho da ação contra o INSS, foi decidido pela juíza substituta da vara previdenciária, Simone Barbisan Fontes, que em dezembro de 2001, sentenciou pela obrigatoriedade do INSS assegurar os benefícios previdenciários ao segurado da Previdência Social que mantivesse relacionamento homossexual, o que implicava inclusão do companheiro desta união como dependente previdenciário.

---

<sup>167</sup> TRF4, AC N.º 2000.71.00.009347-0/RS, 6ª Turma, Des. Federal João Batista Pinto Silveira, j. em 27-7-2005.

Em 2002, após decisão desfavorável proferida pela juíza Simone Barbisan Fontes, o INSS apelou ao Tribunal Regional Federal (TRF), sendo a apelação julgada e indeferida pela 6.<sup>a</sup> Turma, conforme se depreende da decisão do Des. Federal João Batista Pinto Silveira em 27 de julho de 2005, decisão esta que teve abrangência nacional e vinculou a obediência a todas as pessoas e órgãos estatais.

Mas as significativas conquistas decorrentes da decisão do Des. Federal João Batista Pinto Silveira não se restringiram a conferir abrangência nacional, pois além de reafirmar o entendimento da juíza Simone Barbisan Fontes, trouxe muitas outras conquistas no tocante aos benefícios previdenciários aos casais homossexuais, os quais tiveram assegurados alguns direitos antes considerados apenas aos casais heterossexuais, tais como:

- a) possibilidade da inscrição do companheiro ou companheira ser realizada após a morte do segurado (a), e diretamente pelo próprio dependente;
- b) inscrever o companheiro ou companheira homossexual, como dependente, no INSS, a ser realizada pelo segurado(a) empregado(a) ou mesmo trabalhador(a) avulso(a);
- c) possibilidade de inscrição do companheiro(a) homossexual como dependente no Regime Geral de Previdência Social;
- d) permitir a comprovação da união homossexual mediante apresentação dos documentos expressos no artigo 22, §3.º, incisos III e XVII do Decreto n.º 3.048/99, e também através de justificativa administrativa.
- e) com relação ao auxílio-reclusão e pensão por morte, ser-lhe assegurado o mesmo tratamento dos casais heterossexuais, desde que atendidos os requisitos necessários para comprovação da relação afetiva tal como as uniões heterossexuais.

Como visto, pelo fato de considerar as uniões entre homossexuais como sendo entidades familiares, o Des. Federal João Batista Pinto Silveira externou o seu posicionamento favorável à concessão de benefícios previdenciários as uniões entre homossexuais, afirmando a obrigatoriedade de inscrição de companheiros como dependentes preferenciais no Regime de Previdência Social.

Na concepção do Des. Federal João Batista Pinto Silveira, a atitude do INSS em conferir direitos previdenciários apenas as uniões heterossexuais representa afronta ao princípio da dignidade humana, além de evidente discriminação em decorrência de orientação sexual das pessoas.

Merece razão o entendimento do comentado Desembargador em seu parecer, pois negar que casais formados por pessoas de mesmo sexo usufruam dos mesmos direitos previdenciários dos casais formados por heterossexuais não pode ser admitido em um Estado de Direito que preza em sua Carta Magna pelo respeito à dignidade humana, pela liberdade e pela não discriminação em todas as suas formas, incluindo as decorrentes de orientação sexual.

Ademais, orientação sexual das pessoas não pode ser justificativa plausível a ensejar a exclusão dos benefícios previdenciários, pois a Constituição consagra valores a serem tutelados indistintamente a todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. O princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, pode ser apontado como um destes princípios constitucionais que deve ser respeitado por todos, inclusive por todos os órgãos estatais em seus respectivos campos de atuação, tais como, o INSS.

## 7.2 TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS

Com relação à natureza familiar das uniões estáveis homoafetivas, relevante apreciar o voto do Relator Desembargador Breno Moreira Mussi, proferido na Agravo de Instrumento 599075496, da 8.<sup>a</sup> Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), expresso nos seguintes termos:

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido.<sup>168</sup>

Com o reconhecimento da natureza familiar dos relacionamentos homoafetivos, o Des. Breno Moreira Mussi conferiu à vara de Família a competência para julgar as suas controvérsias, decisão esta muito promissora para os casais homossexuais por causa do reconhecimento da união homossexual como entidade familiar.

O combate à homofobia e o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar são entendimentos bastante frisados no TJRS, no que merece atenção o seguinte pronunciamento do Rel. José Carlos Teixeira Giorgis:

UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. MEAÇÃO. PARADIGMA. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma

---

<sup>168</sup> Agravo de Instrumento 599075496, TJRS, Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. em 17/06/1999.

supletivo onde se debruça a melhor Hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.<sup>169</sup>

Em outro julgado, o Des. José Carlos Teixeira Giorgis continua acerca do reconhecimento da conjugalidade homossexual:

Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida como o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência.

Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão.

Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial.<sup>170</sup>

Relevante as palavras do Rel. José Carlos Teixeira Giorgis a respeito da união estável homoafetiva, pois todo relacionamento que se molda nos mesmos critérios da união estável heteroafetiva, ou seja, que seja marcado pela convivência pública, continuidade, objetivo de constituição de família, lealdade, respeito e solidariedade deve ser reconhecido como entidade familiar, devendo ser dispensado a esta nova forma familiar o mesmo tratamento digno que seria assegurado aos casais heteroafetivos. Ainda em seu brilhante discurso contra a homofobia, o Rel. José Carlos Teixeira Giorgis reforça que para uma correta e segura interpretação do Direito e combate ao preconceito, o julgador deve fazer uso de uma hermenêutica principiológica e da analogia para assegurar a inclusão social destes novos relacionamentos, bem como possibilitar estas pessoas a usufruírem os mesmos direitos que possui um casal heteroafetivo, a exemplo do direito da partilha de bens segundo o regime parcial.

No mesmo acórdão, o Rel. José Carlos Teixeira Giorgis ressalta que em virtude do caráter meramente exemplificativo das famílias previstas na Constituição, não se pode deixar de reconhecer como entidades familiares as uniões homoafetivas sob pena de grave afronta ao

---

<sup>169</sup> Apelação Cível 70001388982, 7.ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 01/03/2000.

<sup>170</sup> Apelação Cível 70005488812, 7.ª Câmara Cível, TJRS, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 25/06/2003.



macroprincípio da dignidade da pessoa humana, conforme se verifica a partir do seguinte trecho do acórdão:

(...) Destarte, o *caput* do art.226 é cláusula geral de inclusão, não sendo lícito excluir qualquer entidade que preencha os requisitos da afetividade, estabilidade e notoriedade, sendo as famílias ali arroladas meramente exemplificativas, embora as mais comuns. (...) Assim, pode-se concluir que, mesmo sem lei que as regule, as uniões homoeróticas são reconhecidas pela Constituição como verdadeiras entidades familiares (...) De fato, ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua orientação sexual, é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não se podendo ignorar a condição pessoal do indivíduo.<sup>171</sup>

De fato, a não consideração da previsão do *caput* do art. 226 da CF/88 como sendo *numerus clausus* enseja entendimento pelo reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos como entidade familiar, mas não se deve esquecer que para este relacionamento ser reconhecido, deve o mesmo observar as mesmas exigências atinentes às uniões estáveis heteroafetivas.

Ainda no tocante ao reconhecimento das uniões homoafetivas, o Rel. Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade manifesta ser favorável ao reconhecimento destas uniões, como se observa do trecho transcrito do seu voto:

HOMOSSEXUAIS. UNIÃO ESTÁVEL. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. É possível o processamento e o reconhecimento de união estável entre homossexuais, ante os princípios fundamentais insculpidos na CF que vedam qualquer discriminação, inclusive quanto ao sexo, sendo descabida discriminação quanto à união homossexual. E é justamente agora, quando uma onda renovadora se estende pelo mundo, com reflexos acentuados em nosso país, destruindo preceitos arcaicos, modificando conceitos e impondo a serenidade científica da modernidade no trato das relações humanas, que as posições devem ser marcadas e amadurecidas, para que os avanços não sofram retrocesso e para que as individualidades e coletividades, possam andar seguras na tão almejada busca da felicidade, direito fundamental de todos. Sentença desconstituída para que seja instruído o feito. Apelação provida.<sup>172</sup>

<sup>171</sup> Apel. Cível 70005488812, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 25/06/2003.

<sup>172</sup> Apel.Cível 598362655, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 01/03/2000.

Na tarefa de analisar algumas jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não se pode deixar de trazer alguns importantes entendimentos da jurista Maria Berenice Dias, que tanto contribuiu para o fortalecimento do combate à homofobia, e por retirar da exclusão social muitos casais homoafetivos, o que faz ser de suma importância a sua fundamentação nestes julgados:

UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.<sup>173</sup>

Restando comprovada a configuração de relacionamento afetivo nos mesmos moldes da união estável heteroafetiva, Maria Berenice Dias afirma que este relacionamento deve reconhecido, sendo-lhe assegurados todos os direitos independentemente de orientação sexual dos conviventes. No trecho a seguir, é apresentado de forma objetiva o pensamento da jurista:

UNIÃO HOMOAFETIVA. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de uma união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo.<sup>174</sup>

Partidário do mesmo entendimento, o Relator Rui Portanova explicita que:

APELAÇÃO. UNIÃO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos com o intuito relacional. Uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento da união estável homoafetiva, em face dos princípios

---

<sup>173</sup> EI 70003967676, 4ª G. Câmara Cível, TJRS, Redatora para acórdão Desa. Maria Berenice Dias, j. em 09/05/2003.

<sup>174</sup> EI 70006984348, 4ª G. Cível, TJRS, Rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. 14/11/2003.

constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Via de consequência, as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual. Negaram provimento ao apelo por maioria.<sup>175</sup>

Enaltecendo a importância da afetividade nos relacionamentos familiares atuais e afirmando que a falta de regulamentação normativa não deve ser impeditivo para o não reconhecimento da conjugalidade homoafetiva, a Ex-Desembargadora Maria Berenice Dias argumentou que:

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 se caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros.(..) AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de regramento específico não quer dizer 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. 4.º da LICC).<sup>176</sup>

Oportuna as palavras da ex-Desembargadora Maria Berenice Dias ao sustentar a importância da afetividade na estruturação da família moderna, pois o elemento essencial a ser observado no tocante a consideração de entidade familiar não deve ser a diferença de sexo entre o conviventes, mais se a união dos componentes dessas conformações familiares for baseada em verdadeiros laços de afetividade e comprometimento mútuo.

Outra assertiva que merece atenção é a ressalva feita por Maria Berenice Dias no tocante a impossibilidade, de nos dias atuais, a falta de regulamentação normativa ser justificativa plausível a ensejar o não reconhecimento das novas entidades familiares pelos julgadores em função da impossibilidade jurídica do pedido. O entendimento proferido pela ex-Desembargadora do TJRS está acobertado pela razoabilidade, e vem reforçar o que tem

<sup>175</sup> Apel. Cível 70021085691, 8ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Rui Portanova, j. em 04/10/2007.

<sup>176</sup> Apel. Cível 70009550070, 7ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Desa. Maria Berenice Dias, j. em 17/11/2004.

sido decidido em muitas interpretações jurisprudências diante da ausência de previsão normativa. Ademais, é sabido por todos, que a falta de regulação normativa, não deve significar falta de exercício jurisdicional, haja vista a possibilidade da lei, no seu art.4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), conferir ao o magistrado se servir de outros meios para suprir as omissões legais e solucionar as situações concretas que lhes são trazidas.

Lembrando as enormes mudanças ocorridas na sociedade atualmente, José Carlos Teixeira Giorgis também explicita o seu posicionamento favorável aos defensores do reconhecimento das uniões homoafetivas:

ACÇÃO DECLARATÓRIA. RECONHECIMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. CASAL HOMOSSEXUAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CABIMENTO. A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniadas. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.<sup>177</sup>

No entendimento do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar, faz surgir a possibilidade de adoção por casal formado por pessoas de mesmo sexo

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente

---

<sup>177</sup> EI 700011120573, 4ª G. Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 10/06/2005.

entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.<sup>178</sup>

Para Maria Berenice Dias, a consideração do caráter familiar da união homoafetiva, enseja reconhecer todos os direitos assegurados a um casal heteroafetivo, incluindo assim o direito de visitação ao filho do casal. A respeito da filiação homoparental a jurista enuncia:

FILIAÇÃO HOMOPARENTAL. DIREITO DE VISITAS. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando ela todas as funções de maternagem. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o Poder Judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho do que da própria mãe. Assim, é de ser mantida a decisão liminar que fixou as visitas. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA).<sup>179</sup>

Coadunando com o entendimento proferido pelo STF a respeito da união estável entre pessoas do mesmo sexo, relevante o posicionamento do Desembargador Armando Freire:

(...) Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de seqüelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal. (...) Incumbe ao Poder Judiciário, enquanto o Poder legislativo não cumpre com a sua missão de disciplinar efetivamente essas relações jurídicas que vão se construindo no tempo, salvaguardar o melhor interesse da criança. (...) A partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, bem ou mal, a nós, juízes, impõe-se a obrigação de seguirmos uma orientação que está dada pelo Supremo Tribunal Federal à unanimidade.<sup>180</sup>

<sup>178</sup> Apel. Cível 70013801592, 7.ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 05/04/2006.

<sup>179</sup> Agravo de Instrumento 70018249631, 7.ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Maria Berenice Dias, j. em 11/04/2007.

<sup>180</sup> TJMG, ApCv1.0480.08.119303-3/001, rel. Des. Armando Freire, 1.ª Câmara Cível, publ. em 3-6-2011.

Após decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e na ADI n.º 4.277, o juiz de Direito Fernando Henrique Pinto, da 2.º Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Jacareí, estado de São Paulo, homologou no dia 27 de junho de 2011, a primeira conversão de união estável homoafetiva em casamento, conforme se observa a partir dos trechos da sentença proferida:

Mais de duas décadas passadas desde 05/10/1988, quando foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, e já se ingressando na segunda década do Século XXI, é público e notório que milhares de pessoas do mesmo sexo (homens e homens; mulheres e mulheres), compartilham a vida juntos como se casados fossem.

A ausência de respaldo jurídico a tal realidade social causou inúmeros prejuízos e injustiças, desde o não reconhecimento do direito à sucessão, passando pela ausência da presunção legal de esforço comum no patrimônio constituído, até a ausência de direitos sociais, como a pensão previdenciária por morte. (...)

A discriminação (ou preconceito) contra homossexuais decorre normalmente de equívoco sobre a origem “psíquica” do homossexualismo, e de dogmas ou orientações religiosas. (...)

Ocorre que o motivo maior de uma união humana é – ou deveria ser – o Amor, até porque este é pregado pela maioria das religiões, principalmente as cristãs, como o valor e a virtude máxima e fundamental. (...)

Assim, pode-se afirmar que no Brasil há situações de fato e de direito muito mais graves para se preocupar, que com a vida de dois seres humanos desejosos de paz e de felicidade ao seu modo, sem infringir direitos de ninguém.<sup>181</sup>

O julgamento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união estável homoafetiva ensejou a decisão inédita no Brasil, proferida pelo juiz Fernando Henrique Pinto, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), comarca de Jacareí. A decisão de conversão de união homoafetiva em casamento teve esteio no frisado princípio constitucional da igualdade, da pluralidade das formas de família, e também no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é sustentáculo maior dos direitos fundamentais.

O rechaço à desmarginalização social, ao preconceito, e ao não reconhecimento legal destas novas famílias é presença marcante nesta decisão, sendo demonstrado ser inaceitável perpetuar com esses arcaicos entendimentos, pois já de muitos anos, conforme assevera o próprio juiz Fernando Henrique Pinto, que muitas pessoas já vivem como se casadas fossem. Deste modo, não cabe se opor à esta realidade familiar inevitável.

---

<sup>181</sup> Protocolo n. 1209/2011 - Conversão de União Estável em Casamento, Juiz Fernando Henrique Pinto, da 2.ª Vara de Família e das Sucessões, da comarca de Jacareí, estado de São Paulo, j. em 27-6-2011.

Ocorre que novamente a decisão proferida pelo STF na data de 05 de maio de 2011 é tomada como fundamento, pois amparada nesta decisão que a juíza Junia de Souza Antunes, da 4.<sup>a</sup> Vara de Família de Brasília, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) homologou, em 28 de junho de 2011, a primeira conversão de união estável entre duas mulheres em casamento. Na decisão, a magistrada Junia de Souza Antunes ressalta que o pronunciamento do STF é bastante esclarecedor e retira qualquer dúvida porventura existente acerca da equiparação entre os relacionamentos homoafetivos e heteroafetivos, tal como se pode inferir do trecho transcrito da sentença:

Com a decisão prolatada o Supremo Tribunal Federal aboliu qualquer interpretação que pretendesse diferenciar as relações homoafetivas das heteroafetivas, ressaltando que o instituto da família abrange e protege ambas e, em consequência, concluiu que é possível a união estável homoafetiva nos mesmos moldes em que ocorre a união estável heteroafetiva. (...)

(...) uma vez configurada uma relação duradoura, pública e contínua, com intuito de constituir família, é união estável, sem qualquer distinção em relação à orientação sexual daqueles que a integram. (...)

A decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal não deixa margem de dúvidas a esse respeito, porque consta de seu dispositivo que o 'Reconhecimento DEVE ser feito segundo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva.' Cediço que uma das consequências da união estável é a sua conversão em casamento, conversão essa que deve ser facilitada,(...).<sup>182</sup>

Em sua decisão a juíza Junia de Souza Antunes, da 4.<sup>a</sup> Vara de Família de Brasília, ressaltou que resta evidenciado a intenção do STF em equiparar os relacionamentos homoafetivos e heteroafetivos, o que significa dispensar o mesmo tratamento digno que é conferido aos casais heteroafetivos, abarcando assim a consideração da união estável homoafetivas sob os mesmos critérios e consequências da união estável heteroafetiva, a exemplo da conversão da união estável em casamento. Ainda em seu julgado, a juíza em comento frisou que por ser a decisão do STF, em 05 de maio de 2011, uma decisão de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, esta decisão tem por consequência atingir e vincular a todas as pessoas, inclusive os magistrados que devem obediência a decisão de efeito vinculante e eficácia contra todos proferida pelo STF na ADI n.4277 e ADPF 132, para que assim possam

---

<sup>182</sup> Protocolo n. 101695-7/2011 - Conversão de União Estável em Casamento, Juíza Junia de Souza Antunes, da 4.<sup>a</sup> Vara de Família de Brasília, j. em 28-6-2011.

afastar a incidência de julgamentos destoantes dos prolatados pela Suprema Corte, e assim, oferecer um exercício jurisdicional pautado na segurança jurídica.

A partir dos recentes julgamentos que nos fora apresentado, bem como da constatação das constantes mutações da realidade familiar atual e posicionamentos de doutrinadores pátrios, se pode concluir que após a inédita decisão do STF, se tornou inadmissível o não reconhecimento judicial do casamento dos casais homoafetivos, sob pena de se desrespeitar os princípios constitucionais da isonomia e da proibição da discriminação.

Mesmo após decisão proferida pelo STF, ainda existem juízes que não aceitam a união homoafetiva como entidade familiar. Em Goiânia, por exemplo, casal de homossexuais teve registro de união estável cancelado, por ofício, pelo juiz de Direito Jeronymo Pedro Villas Boas, da 1.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública de Goiânia, que assim fundamentou sua decisão:

(...) os Poderes Constituídos não são maiores que o Poder de Constituição, ou seja, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (e principalmente este último) não possuem o Poder de alterar os fundamentos da Constituição Material, mesmo considerando a dinamicidade dos valores que se movimentam neste núcleo. (...) Cabe aqui ressaltar que o Poder é exercido conforme a Constituição [portanto Constituição Formal possui a primazia da normatividade ordenada], não podendo ser sobreposta na sua normatividade pela vontade/decisão de órgãos que exercem algum tipo de poder dela derivado, (...) Não sendo, portanto, o relacionamento sexual entre pessoas do mesmo sexo tido sob o mesmo teto de forma contínua, duradoura e de conhecimento público, apto a gerar núcleo familiar (...) por lhe faltar a principal característica de sentido do relacionamento, ou seja, a possibilidade de constituir prole comum, não se lhe pode ressaltar a garantia de proteção do Estado. (...) Vista esta senda constitucional, resalto que o ato escritural em apreciação se traduz como conotação anticonstitucional [ilegítima] em sede de Registro Público, não podendo deste ato se retirar qualquer benefício jurídico. (...) Outrossim, oficie-se a todos os Cartórios de Registro de Títulos e Documentos, da Comarca de Goiânia e do Registro Civil para que se abstenham de proceder a qualquer escrituração de declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo sem que haja expressa determinação em sentença judicial de reconhecimento, proferida pelo Juiz de Direito competente.<sup>183</sup>

Ao agir de ofício, cancelando o registro de união estável homoafetiva, resta claro o descontentamento do juiz da 1.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de

---

<sup>183</sup> Ofício n.º 031/2011- Cancelamento de contrato de união entre homossexuais, Juiz Jerônimo Pedro Villas Boas, da 1.<sup>a</sup> Vara da Fazenda Pública de Goiânia, estado de Goiás, j. em 17-6-2011.



Goiânia, Jeronymo Pedro Villas Boas com a decisão da Suprema Corte. No entendimento do juiz, a união estável entre pessoas do mesmo sexo é ilegítima, não tendo o Supremo Tribunal Federal competência para modificar a Constituição Federal, tarefa esta dedicada ao Poder Legislativo. Ainda em seu entendimento, o juiz Jeronymo Pedro Villas Boas reforça que toda sua decisão teve esteio no conceito de família admitido pela Constituição Federal brasileira, que considera como sendo família o núcleo formado entre o homem e a mulher, no qual seja possível procriar. Em sendo assim, a união estável homoafetiva contraria esse conceito constitucional, já que não poderia constituir uma família, e estaria excluída do manto protetivo estatal.

Com esses argumentos fica demonstrado que o posicionamento do juiz se mostra contrário a interpretação proferida pelo STF a respeito do que deve ser entendido acerca do conceito de família na atualidade. E, apesar de afirmar que sua decisão não está atrelada às razões de ordens religiosas e pessoais em entrevista concedida ao Programa Fantástico<sup>184</sup>, da Rede Globo, é sabido que o magistrado é também pastor da Igreja Assembléia de Deus, portanto um homem religioso, que permanecerá decidindo desta mesma maneira os casos semelhantes.

A respeito do reconhecimento da união homoafetiva, razoável se mostra o posicionamento do Ministro relator Ayres Britto de que a Constituição teria apenas silenciado, o que não significa dizer que esta tenha proibido a união homoafetiva.

Corolário deste entendimento, o Ministro Marco Aurélio, do STF, afirmou que a decisão tomada pelo Juiz Jeronymo Pedro Villas Boas contra o casal homoafetivo “causa perplexidade” em nossa sociedade, e assim se pronuncia:

O Supremo Tribunal Federal interpretou a Constituição. E a decisão foi formalizada em processo objetivo. Portanto, ela repercute além dos muros do próprio processo. (...) Será que todos nós éramos? Será que esse juiz é o dono da verdade? (...) Não cabe a punição. O que cabe é utilizar o remédio jurídico [no caso, a Reclamação] adequado para rever a decisão.<sup>185</sup>

<sup>184</sup> Entrevista do juiz Jeronymo Pedro Villas Boas concedida ao Programa Fantástico, da Rede Globo, em 26/06/2011.

<sup>185</sup> HAIDAR, Rodrigo. *Decisão contra união homoafetiva causa perplexidade*. n.1, p.1, junho.2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-20/decisao-uniao-homoafetiva-causa-perplexidade>>. Acesso em 29 de Agosto 2011.

Na concepção do Ministro, não se deve coadunar com os argumentos trazidos pelo juiz goiano, pois a Suprema Corte não reescreveu a Constituição Federal, e sim a interpretou, sendo esta decisão formalizada em processo objetivo e unânime, que vincula a todos indistintamente, o que incluiria também o juiz goiano. O Ministro Marco Aurélio ressalta que apesar de refutar os argumentos do juiz Jeronymo Pedro Villas Boas, ele entende que a providência mais sensata neste caso não é a punição do juiz em comento, mas a utilização do remédio jurídico apropriado que permita rever esta decisão descabida.

Como visto, mais uma vez, através da confissão de perplexidade do Ministro Marco Aurélio diante da decisão do juiz de Goiânia, nos é salientado acerca das conseqüências maléficas que esta decisão pode trazer para a sociedade, na medida em que enseja insegurança jurídica para o desfecho dos questionamentos familiares contemporâneos.

Em reforço a este entendimento, a desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, Corregedora-geral da Justiça do estado de Goiás, em 21 de junho, tornou sem efeito a decisão do juiz de Goiânia, Jeronymo Pedro Villas Boas, no que argumentou o seguinte:

Salta à vista o desacerto da invocação constante do prefalado Ofício n.º 031/2011 quanto ao disposto no artigo 48 da Lei de Registros Públicos, segundo o qual os juízes farão correição e fiscalização nos livros de registro, conforme as normas de organização judiciária. (...) A leitura demonstra vício de competência a contaminar a decisão. Não detém o titular de Vara da Fazenda Pública Municipal da comarca de Goiânia competência correicional administrativa da atividade dos notários e registradores. Aludida atribuição é conferida ao Diretor do Foro. (...) Contamina-se a decisão de outro vício congênito, qual seja, a ausência de contraditório no *iter* conferido pelo magistrado ao feito. A despeito de sobejamente qualificados os principais interessados no corpo da escritura anulada, em nenhum momento lhes foi oportunizado manifestar. (...) Não bastassem os motivos já resumidamente expostos, pressuposta a supremacia constitucional e seus consectários, é de reconhecer a irrelevância dos fundamentos meritórios invocados pelo juiz. Não se pode olvidar da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ao ensejo do julgamento das já mencionadas ações, independentemente da pendência de publicação oficial. (...) Por tudo isso, sem prejuízo da apuração disciplinar pertinente, valendo do princípio hierárquico e da competência que me atribui o artigo 14, inciso XVIII, do RICGJ, torno sem efeito as decisões de fs. 06-15 e 26-27, determinando a expedição de ofícios aos titulares/respondentes de registros civis e tabelionatos de notas da comarca de Goiânia cientificando-lhes desta decisão.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> Despacho N.º 1677/2011- Irregularidade (Avocação de autos), Corregedora-Geral de justiça do estado de Goiás, Desembargadora Beatriz Figueiredo Franco, j. em 21-6-2011.

Nos trechos da decisão transcrita, fica evidenciado que a motivação que levou a Corregedora-geral do Tribunal de justiça de Goiás, desembargadora Beatriz Figueiredo Franco a cassar a decisão do juiz goiano que anulou a união estável de um casal homossexual e que proibiu os cartórios do Estado a registrar uniões entre homossexuais está assentada na falta de competência do juiz goiano, pelo fato deste não ter observado o princípio do contraditório e da ampla defesa, não ter respeitado a decisão vinculante da Suprema, além do juiz ter agido de ofício, ou seja, sem que houvesse provocação para assim proceder.

Novamente, o caráter arbitrário da decisão do juiz e pastor evangélico Jeronymo Pedro Villas Boas é questionado, pois não se pode coadunar com decisões de juízes de 1.º grau que não reconhecem o caráter vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e decidem em afronta a este entendimento.

Mas, é sabido que mesmo após o aval do STF, o fato da falta de previsão constitucional acerca das uniões homoafetivas ainda representa um grande obstáculo para os casais homossexuais, pois essa omissão normativa é utilizada como justificativa para muitas decisões que negam o reconhecimento da união homoafetiva, e conseqüentemente, proíbem a concessão de importantes direitos que permitem o exercício pleno da autonomia privada, tal como, o direito ao casamento.

Se valendo desta omissão constitucional, o juiz de Direito Carlos Castilho Aguiar França, da 3.ª Vara da comarca de São Carlos/SP, indeferiu o pedido de conversão de união estável homoafetiva em casamento, tal como se vê a seguir:

Lamentavelmente, o sistema vigente não admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, conseqüentemente, não admite a conversão da união estável homoafetiva. Por isso o indeferimento do pedido. O casamento, no âmbito da legislação, é instituto restrito às pessoas de sexo diferente, conforme se extrai do artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal (...) No Código Civil, o artigo 1.514 estabelece: O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. (...) Destarte, com a devida vênia, não acompanho a conclusão tirada pela ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias, de que nem a Constituição nem a lei, ao tratarem do casamento, fazem qualquer referência ao sexo dos nubentes, inexistindo impedimento então, em sua douta opinião, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (...) Ao juiz não compete mudar a lei, função reservada ao próprio legislador. (...)

Concluindo, depreendo que o sistema normativo exige diversidade de sexo para o casamento e que enquanto não houver alteração legislativa não pode ser realizado por pessoas do mesmo sexo. Em consequência, inadmite-se a conversão da união estável homoafetiva em casamento, embora se lhe apliquem as regras e efeitos jurídicos da união estável, que sejam compatíveis.<sup>187</sup>

Para o magistrado Carlos Castilho Aguiar França, a sua decisão levou em consideração o fato do ordenamento jurídico atual não admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que acarretaria também o não reconhecimento da conversão da união estável homoafetiva em casamento. Em seu julgado, o magistrado cita o art. 226 da CF/88, o qual preceitua que o casamento deve ser realizado por pessoas de sexo diferente, desta forma, em seu entender, não pode o juiz mudar a lei e decidir contrariamente ao disposto na CF/88 que afirma a necessidade de diversidade de sexo para o casamento.

Apesar de ser contrário ao pedido de conversão de união estável homoafetiva em casamento alegando ausência de previsão constitucional que autoriza o casamento homoafetivo, o juiz Carlos Castilho Aguiar França não se opõe a decisão do STF que reconheceu a união estável homoafetiva, no que afirma que a união estável homoafetiva deve ser admitida levando em consideração as mesmas regras e efeitos jurídicos das uniões heteroafetivas, desde quando estas sejam compatíveis.

O Relator e Desembargador Mazoni Ferreira, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina dispõe a respeito da união homoafetiva, Ap. Cív. n. 2006.016597-1:

O relacionamento homoafetivo entre pessoas do mesmo sexo não pode ser reconhecido como união estável, a ponto de merecer a proteção do Estado, porquanto o § 3.º do art.226 da Carta Magna e o art. 1723 do Código Civil somente reconhece como entidade familiar aquela constituída entre homem e mulher.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> Despacho n.º 1.056/2011 – Conversão de união estável em casamento, Juiz Carlos Castilho Aguiar França, da 3.ª Vara Cível da Comarca de São Carlos, estado de São Paulo, j. em 11-08-2011.

<sup>188</sup> NEIVA, Gerivaldo Alves. *A união homoafetiva na jurisprudência*. Arpen Brasil. São Paulo, 2009. Disponível em: <[http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1963&Itemid=83](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1963&Itemid=83)> Acesso em: 09 set. 2009.

A não admissão de novos vínculos familiares repousa em idéias conservadoras e preconceituosas, as quais não admitem como entidade familiar nenhuma outra forma familiar que destoe do relacionamento tradicional entre homem e mulher.

Reforça o Relator Emame Fidélis, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Ap. Cív. n. 1.0702.04.182123-3/001:

A Constituição da República não considera como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, sendo casuísticas as respectivas definições do art.226. A consagração do companheirismo como forma de dependência previdenciária atende os princípios da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa da entidade familiar, revelada por união estável, não se admitindo pensão para pessoa do mesmo sexo, em consideração de união homossexual.<sup>189</sup>

A justificativa de falta de previsão legal das uniões homossexuais e outras formas familiares é fato inadmissível diante do recente reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo perante o STF, pois o Direito não pode escusar-se de solucionar as controvérsias que lhe são trazidas, e sim encontrar meios no ordenamento jurídico pátrio para resolvê-los em prol do respeito à dignidade humana e da mais lúdima justiça.

---

<sup>189</sup> NEIVA, 2009, p.2.

### 7.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O importante reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo proferido pelo STF, será o marco principal da análise crítica da realidade familiar atual.

Em 05 de maio de 2011, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram, por unanimidade, pelo reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como sendo entidade familiar, após julgamento da Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI 4.277) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132), sendo a primeira proposta pela Procuradoria-Geral da República e a segunda pelo Governo do estado do Rio de Janeiro.

O Relator das duas Ações Diretas de inconstitucionalidade, o Ministro Ayres Britto, se manifestou favoravelmente ao reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas como entidades familiares, sendo o seu voto acompanhado pelos demais Ministros do STF, que o seguiram em prol da procedência das ações, do efeito vinculante e da interpretação baseada na CF/88 para exclusão de qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Somente, o Ministro Dias Toffoli não participou do julgamento das Ações na sessão do Plenário do STF, por ter alegado impedimento para se manifestar, em virtude do mesmo ter atuado no processo quando era membro da Advocacia Geral da União (AGU).<sup>190</sup>

Em sendo assim, iniciando o pronunciamento na sessão plenária do STF, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou que:

(...) a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. (...) E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender

---

<sup>190</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/912054-leia-a-integra-dos-votos-dos-ministros-do-stf.shtml>

que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.<sup>191</sup>

O julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, sob a relatoria do Min. Carlos Ayres Britto, foi reiniciado em 05 de maio de 2011 com o voto do Min. Luiz Fux, o qual proferiu voto favorável ao posicionamento do relator. Acerca do voto do Min. Luiz Fux, é possível extrair o seguinte ensinamento:

Impõe-se, ao revés, entender que a união homoafetiva também se inclui no conceito constitucionalmente adequado de família, merecendo a mesma proteção do Estado de Direito que a união entre pessoas de sexos opostos. (...) Não há qualquer argumento razoável que ampare a diferenciação ou a exclusão das uniões homoafetivas do conceito constitucional de família. Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, (...) Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, (...) Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.<sup>192</sup>

Em idêntico diapasão do relator do processo, Ministro Ayres Britto, o ministro Luiz Fux entende, de forma insofismável, que não existem argumentações plausíveis a justificar o impedimento das uniões homoafetivas. E em reforço a esta compreensão, o Min. Luiz Fux traz à baila muitos princípios constitucionais que garantem o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, como o princípio da igualdade, da liberdade, da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana.

Oportunas também as suas considerações, ao denunciar a intolerância e o preconceito como causas abomináveis a impedir o reconhecimento aos casais formados por pessoas de sexo idêntico. Deste modo, o discurso constante de seu voto soa como uma resposta ao

---

<sup>191</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. em 5-5-2011, p.33, 36, 37.

<sup>192</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min. Luiz Fux, Plenário, j. em 5-5-2011, p.13,14,16,17.

retrógrado entendimento de que apenas seriam consideradas como entidades familiares aquelas espécies previstas na Carta Magna e que fossem moldadas por relacionamento entre um homem e uma mulher.

Ao se manifestar na tarde, do dia 05 de maio de 2011, no julgamento de duas ações em que se pede o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do Supremo Tribunal Federal (STF), seguiu o entendimento do relator, ministro Carlos Ayres Britto, para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil.

A indignação com relação a atitudes violentas e grosseiras cometidas contra os homossexuais se faz perceber claramente no voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do STF:

Faço-o enfatizando, inicialmente, que não se está aqui a discutir, nem de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência homossexual. (...) E, reiterese, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de Direito.<sup>193</sup>

Em seu pronunciamento em defesa do reconhecimento da união homoafetiva, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, do STF, frisou, o repúdio a atitudes violentas contra homossexuais e a todas as formas de preconceito existentes na sociedade. O discurso da Ministra, acertadamente, mostra uma preocupação em banir da sociedade todas as formas de preconceito, que tanto afligem e oprimem os indivíduos e nessa tarefa, ela ressalta que todos, e especialmente, os operadores do Direito e juízes devem estar compromissados e colaborar com essa nobre causa.

Continuando seu raciocínio, a Ministra Cármen Lúcia prossegue defendendo o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, no que explicita a importância do respeito à liberdade das pessoas para o exercício da autonomia privada na escolha dos seus relacionamentos íntimos:

---

<sup>193</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 5-5-2011, p.2-3.



(...) Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem.(...) Garantidos constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição) há que se assegurar que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá com a mão direita para tirar com a esquerda.<sup>194</sup>

Na concepção da Ministra Cármen Lúcia, todos os indivíduos têm assegurado constitucionalmente o direito à liberdade, o que inclui o respeito à autonomia privada no tocante as suas escolhas sexuais. Deste modo, em seu entender, o desrespeito à liberdade do indivíduo consistiria também uma afronta ao princípio da dignidade humana.

Para a Ministra, estando o direito à liberdade expressamente garantida no art. 5º, *caput*, da CF/88 significa a não possibilidade deste princípio ser desrespeitado pelos julgadores. E à guisa de reforço, aponta o ensinamento de Rui Barbosa de que “o direito não dá com a mão direita para tirar com a mão esquerda”.

Mais uma vez, se mostra razoável coadunar com as considerações proferidas pela Ministra Cármen Lúcia, pois seria injustificável garantir constitucionalmente o direito à liberdade, e de outro modo, impedir a liberdade de escolha sexual, sentimental e de convivência com outrem, pois se estaria negando o exercício do direito à liberdade.

Apesar de seu voto ter acompanhando o posicionamento do Ministro Relator Ayres Britto, na inédita decisão de 05 de maio de 2011, que reconheceu a união homoafetiva entre casais, e entendia pela interpretação conforme a Constituição Federal para banir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que obstacularizasse o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, O Ministro Ricardo Lewandowski manifestou como entende o enquadramento jurídico do convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, denominado de “relação homoafetiva”:

Entendo que as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juriconsultos romanos, *ex facto oritur jus*. Creio que se está, repito, diante

---

<sup>194</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 5-5-2011, p.6-7.

de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais.<sup>195</sup>

Não desmerecendo a tutela estatal das uniões homoafetivas, o Ministro Ricardo Lewandowski faz ressalvas no seu voto de que as uniões homoafetivas formam outras espécies de entidade familiar distinta das uniões heteroafetivas.

Após a análise do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fica denotado que o mesmo ainda se encontra preso a amarras conservadoras do passado, que apenas considerava entidade familiar a união estável, se a mesma fosse composta por pessoas de sexo opostos.

Embora tenha acompanhado o posicionamento do Min. Rel. Ayres Britto, o Min. Ricardo Lewandowski deu a entender, a partir do seu voto, que não admitia a equiparação jurídica entre as uniões homoafetivas e as uniões heteroafetivas. Inadmissível, nos dias hodiernos, conceber o fato da união estável entre pessoas do mesmo sexo possa criar um nova espécie de família, pois preenchidos os requisitos referentes à união estável, independentemente de orientação sexual, deve ser plenamente admitida a relação homoafetiva no conceito jurídico de união estável.

Ainda no seu “voto favorável”, o Min. Ricardo Lewandowski pode ser encontradas outras ressalvas:

Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto.<sup>196</sup>

Como visto, mais uma vez, o Ministro em comento demonstra, de forma inequívoca, que as uniões homoafetivas não devem ser consideradas da mesma maneira que as uniões heteroafetivas, o que faz prova as limitações por este criadas, ao afirmar que alguns direitos se aplicam somente aos casais heteroafetivos.

---

<sup>195</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, j. em 5-5-2011, p.7-8.

<sup>196</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min. Cármen Lúcia, Plenário, j. em 5-5-2011, p.14.

Completamente favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas, o Ministro Joaquim Barbosa enunciou:

O não reconhecimento da união homoafetivas simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>197</sup>

O Min. Joaquim Barbosa reconheceu união homoafetiva levando em consideração os direitos fundamentais, pois do seu voto se pode extrair que o fundamento constitucional a possibilitar o reconhecimento da união homoafetiva reside nos dispositivos constitucionais que asseguram a tutela dos direitos fundamentais, a exemplo do respeito à dignidade da pessoa humana.

Em outra relevante passagem do seu voto, o Min. Joaquim Barbosa alertou a respeito da defasagem existente entre a realidade social e o direito:

Estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão. O que muda é a forma como as sociedades as enxergam e vão enxergar em cada parte do mundo. Houve uma significativa mudança de paradigma nas últimas duas décadas.<sup>198</sup>

Flagrantemente evidente é a situação apontada pelo Ministro, pois o Direito ainda não conseguiu acompanhar os ritos evolutivos e mutações ocorridas na sociedade, o que faz prova as inúmeras espécies de famílias, a exemplos dos relacionamentos homoafetivos, que se encontram marginalizados socialmente, a espera de regulamentação normativa que lhes ofereça segura, tranqüilidade, e a possibilidade de serem felizes da maneira escolhida.

---

<sup>197</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. em 5-5-2011, em: <http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,stf-aprova-por-unanimidade-reconhecimento-da-uniao-homoafetiva,715367,0.htm>. Acesso em 26 de Novembro de 2011.

<sup>198</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. em 5-5-2011, em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>. Acesso em 26 de novembro de 2011, p.2.

Entretanto, não se pode esquecer que mudanças profícuas no âmbito familiar estão ocorrendo, na medida em que se observa, cada vez mais, por parte dos magistrados, um movimento razoável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas.

Não obstante, favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas, o Ministro Gilmar Mendes fez restrições, ao afirmar que não se pronunciaria sobre os desdobramentos deste reconhecimento, tal como se vê:

As escolhas aqui são de fato dramáticas, difíceis. Me limito a reconhecer a existência dessa união, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos. (...) O limbo jurídico inequivocadamente contribui para que haja um quadro de maior discriminação. Talvez contribua até mesmo para as práticas violentas de que de vez enquando temos notícias. (...) É dever do estado de proteção e é dever da Corte Constitucional dar essa proteção se, de alguma forma, ela não foi engendrada ou concedida pelo órgão competente.<sup>199</sup>

Do exposto, o Ministro Gilmar Mendes concordou, de uma forma geral, com o pronunciamento do relator da matéria, ministro Ayres Britto, apesar de ter demonstrado a existência de certa preocupação e de questões controvertidas em sua fundamentação, razão do seu acautelamento em restringir-se a reconhecer a existência legal das uniões homoafetivas, sem tecer comentários a respeito das possíveis conseqüências deste reconhecimento.

O receio em não contribuir com o fomento da discriminação aos casais homoafetivos, prepondera no julgamento do Min. Gilmar Mendes, e o faz reconhecer as uniões homoafetivas, pois para ele a ausência de regulação normativa a tutelar os relacionamentos homossexuais estimula práticas agressivas e discriminatórias aos que mantém relacionamentos homoafetivos.

A preocupação do Min. Gilmar Mendes merece destaque, pois a ausência de regulação normativa a tutelar as novas conformações familiares, além de estimular discriminação, é responsável por instaurar insegurança jurídica no tocante aos direitos e garantias das novas famílias, que se inclui também o direito dos casais homoafetivos. Deste modo, diante desta

---

<sup>199</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min Gilmar Mendes, Plenário, j. em 5-5-2011, em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/maioria-dos-ministros-do-stf-reconhece-uniao-homossexual.html>. Acesso em 26 de novembro de 2011, p. 2-3.

omissão legislativa, deve a Suprema Corte assegurar o respeito aos direitos fundamentais destes integrantes da família.

A importância do papel do Poder Judiciário na possibilidade de frear o preconceito e as constantes humilhações há muito arraigadas na sociedade, é salientada no voto da Min. Ellen Gracie:

O reconhecimento hoje pelo tribunal desses direitos responde a grupo de pessoas que durante longo tempo foram humilhadas, cujos direitos foram ignorados, cuja dignidade foi ofendida, cuja identidade foi denegada e cuja liberdade foi oprimida. As sociedades se aperfeiçoam através de inúmeros mecanismos e um deles é a atuação do Poder Judiciário.<sup>200</sup>

Enunciando conquistas nos direitos dos casais homoafetivos e a importante atuação do Poder Judiciário nesse aspecto, a Min. Ellen Gracie também se mostrou totalmente a favor do reconhecimento da união homoafetiva. Mas, não se pode esquecer que se hoje a realidade dos casais que vivem com pessoas do mesmo está evoluindo, isto não tem o condão de apagar da memória muitos anos de constantes sofrimentos, humilhações sofridas por inúmeras pessoas.

Realmente, o ano de 2011, pode ser apontado como um ano muito promissor para os casais homoafetivos, pois a partir da inédita decisão do STF, será aberto um precedente a ser observado por todas as instituições da administração pública, incluindo os cartórios de todo Brasil, para reconhecer a plena equiparação das uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas, e isso implica assegurar certos direitos, tais como: pensão alimentícia e previdenciária, herança, comunhão parcial de bens, conversão em casamento e até mesmo adoção, que são direitos plenamente garantidos a entidade familiar denominada de união estável.

Como visto, o Poder Judiciário assegurando direitos as novas entidades familiares que surgem, estará contribuindo positivamente para evolução e conquistas dos direitos dos casais homoafetivos, e servindo como instrumento essencial à serviço da sociedade.

---

<sup>200</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min Ellen Gracie, Plenário, j. em 5-5-2011, em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html>. Acesso em 26 de novembro de 2011, p. 3.

Ademais, não se pode omitir de registrar anuência ao entendimento da Min. Ellen Gracie quando da consideração do importante papel do Judiciário no reconhecimento dos direitos referentes às novas famílias, pois nos casos de ausência de lei, a jurisprudência tem se mostrado mais efetiva e célere do que a lei.

Corroborando também de entendimento favorável a equiparação da união homossexual à heterossexual, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou:

As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. (...) A família, por outro lado, é uma construção cultural. (...) Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito ‘das famílias’, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento.<sup>201</sup>

Diante da evolução do concepção de família, o Ministro Marco Aurélio asseverou que concepções morais e religiosas não podem determinar o tratamento dispensado pelo Estado aos direitos fundamentais dos integrantes das novas entidades familiares.

Admitir que a moral e a religião prevaleça sobre o Direito de Família contemporâneo, além de retrocesso, significa ir de encontro com valores assegurados na própria Carta Magna de respeito à dignidade humana, a autonomia privada e a liberdade de orientação sexual. Aliado a isso, é significativa a mudança no perfil familiar, na medida em que a Família não se encontra mais constituída apenas pela égide casamentária, voltando sua concepção para uma abrangência mais ampla, aberta e descontraída que tem como premissa principal o respeito com o ser humano em detrimento de valores materiais.

A constitucionalidade das uniões homoafetivas também foi afirmada pelo Min. Celso de Mello:

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas

---

<sup>201</sup> STF, ADPF 132/ADIIn 4.277, Min. Marco Aurélio, Plenário, j. em 5-5-2011.

formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.<sup>202</sup>

A percepção da realidade plural das concepções familiares, as preocupações com a discriminação, a liberdade, e respeito à dignidade humana, são extremamente frisadas no voto do Min. Celso de Mello e na grande maioria dos Ministros do STF.

Impende registrar, acompanhando o Ministro Celso de Mello, que todas as uniões estáveis homoafetivas e heteroafetivas devem ser respeitadas como entidades familiares, sob afronta de desrespeito ao princípio da não discriminação e da liberdade, tão amplamente assegurados pela Carta Magna. Deste modo, seria inconstitucional inadmitir o reconhecimento das uniões homoafetivas que, da mesma forma, que a uniões estáveis heteroafetivas preencham todos os requisitos exigidos para configuração da união estável (convivência duradoura, pública e contínua, com objetivo de constituição de família).

Resta claro que, até que sobrevenha regulamentação normativa assegurando o exercício da autonomia privada dos integrantes das novas famílias, o Poder Judiciário deverá assumir o compromisso de inclusão social e de assegurar todos os direitos merecidos.

Por último, o Presidente do STF, Min. Cezar Peluso concluiu a votação afirmando a urgente necessidade de regulamentação normativa por parte do Poder Legislativo:

O Poder Legislativo, a partir de hoje, tem que se expor e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte seja justificada. Há, portanto, uma convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo para que assuma essa tarefa para a qual parece que até agora não se sentiu muito propensa a exercer.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min Celso de Mello, Plenário, j. em 5-5-2011, em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277CM.pdf>. Acesso em 26 de novembro de 2011, p. 44.

<sup>203</sup> STF, ADPF 132/ADIn 4.277, Min Cezar Peluso, Plenário, j. em 5-5-2011, em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html>. Acesso em 26 de novembro de 2011, p. 1.

Ao considerar a importância da decisão proferida pelo STF no tocante à conquista dos direitos homoafetivos, o Min. Cezar Peluso demonstra sua preocupação diante da existência de lacuna normativa a ser preenchida, no que evidencia a necessidade do Congresso Nacional regulamentar, através de uma lei, a situação da equiparação estável homoafetiva à união estável heteroafetiva.

Salutar a preocupação do Min. Cezar Peluso, pois é sabido por todos que a decisão do Supremo Tribunal Federal, apesar de seu caráter vinculante, não é equivalente a uma lei que fosse destinada a tratar especificamente sobre as situações referentes às novas famílias, haja vista, esta inédita decisão do STF não assegurar a tão almejada segurança aos integrantes das referidas famílias, as quais ainda sentem-se desprotegidas e proibidas de usufruir dos mesmos direitos possibilitados aos casais heteroafetivos.



## 7.4 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A primeira decisão a ser analisada do STJ é constante do pronunciamento do Min. Luis Felipe Salomão:

SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art.1363 do C. Civil. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com Aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do Código Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido.<sup>204</sup>

A interpretação jurisprudencial que considerou a união homossexual como sociedade de fato e não como união estável, se mostrou bastante injusta com o cônjuge sobrevivente, na medida que foi lhe foi dado direito à apenas metade do patrimônio que amealhou durante a sua convivência com o ex-parceiro. Tal decisão, além de injusta concorre para enriquecimento ilícito, pois confere direitos a parentes *do de cuius*, que muitas vezes, se distanciaram do mesmo em virtude de sua orientação sexual. Já com relação à assistência ao doente com Aids, a decisões se mostrou bastante arrazoada ao entender pela falta do nexo de causalidade, pois tal situação se deu por conta da opção de vida do parceiro.

Acerca da competência para julgar o relacionamento homossexual, O Min. Barros Monteiro decidiu:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão

<sup>204</sup> STJ, REsp 148897/MG, 4.ª Turma, Min. Luis Felipe Salomão, j. em 10-02-1998.

somente, a competência para processá-lo e julgá-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido.<sup>205</sup>

No ano de 2004, os relacionamentos homossexuais ainda eram relacionados à sociedade de fato, e portanto, entendidos como sendo questões de cunho eminentemente obrigacional, situação esta que prejudicava e contribuía para a demora do reconhecimento das uniões homossexuais como entidades familiares, e por conseguinte, da não atribuição da vara de Família como sendo competente para tratar dos assuntos relacionados aos direitos dos homossexuais.

A despeito da antiga consideração da união homossexual como sendo sociedade de fato:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1.º e 9.º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido.<sup>206</sup>

Mais uma vez, é trazida a baila uma decisão que se mostra bastante descontextualizada com a realidade plural atual, pois além de ainda relacionar a união homossexual como sendo esta sociedade de fato, entendendo que a competência de apreciação da ação é da vara cível e não da de Família, a decisão está evidentemente desatualizada diante do reconhecimento da união homoafetiva como sendo esta espécie de entidade familiar.

<sup>205</sup> STJ, REsp 323.370/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 14-12-2004.

<sup>206</sup> STJ, REsp 502.995/RN, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 28-04-2005.

Mais condizente com a realidade plural familiar da sociedade, se mostra o entendimento do Min. Humberto Gomes de Barros:

PROCESSO CIVIL E CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF – UNIÃO HOMOAFETIVA – INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – POSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. – O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. – Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta.<sup>207</sup>

Como se percebe, o entendimento do Min. Humberto Gomes de Barros já denota a defesa dos direitos dos casais homoafetivos, na medida que permite expressamente que seja concedida a inclusão do companheiro em plano de assistência médica. É evidenciado que o teor desta jurisprudência preza pela dignidade humana, ou seja respeito pela pessoa humana como uma de suas principais preocupações, pois ao defender os direitos dos casais homossexuais, não permite que seja dispensado a estes tratamento indigno e discriminatório.

Em defesa da paternidade socioafetiva, o Min. Luis Felipe Salomão afirma:

O que deve balizar o conceito de família é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.<sup>208</sup>

A paternidade socioafetiva consagra que para que um filho verdadeiramente seja considerado filho, a verdade biológica é insuficiente, assim sendo, se mostra importante a interpretação principiológica, notoriamente do princípio da afetividade, que é o instrumento principal do reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva.

O Min. Luiz Felipe Salomão, assim se manifestou:

<sup>207</sup> STJ, REsp 238.715/RN, 3.ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 19-05-2005.

<sup>208</sup> STJ, REsp 945.283/RN, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, publ. em 28-9-2009.

(...) A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pedriatria), ‘não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.’<sup>209</sup>

O critério a ser levado em conta quando da verificação da possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais não deve ser a orientação sexual dos adotantes, sob pena de se incorrer em flagrante discriminação. O critério a preponderar nesta situação é o melhor interesse da criança, o que consiste deferir a adoção quando esta apresentar reais vantagens para o adotando e estiver alicerçada em motivos legítimos.<sup>210</sup>

Acerca do respeito à autonomia privada no âmbito familiar foi proferido o seguinte pelo Rel. Min. Massami Uyeda:

Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não deve ser esquadrihados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art.5º, inc.X, da CF/88 – o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada -, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano.<sup>211</sup>

Apesar de interesse coletivo, a ensejar atuação do Poder Público nas questões atinentes ao Direito de Família, a tutela protetiva que compete ao Estado não justifica a ingerência indevida deste órgão da vida íntima, privada e mesmo, na livre manifestação de vontade das pessoas no tocante as suas escolhas sexuais. Ademais, a atuação protetiva estatal de

<sup>209</sup> STJ, REsp 889.852/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, publ. Em 10-8-2010.

<sup>210</sup> Na mesma inteligência, Enézio de Deus Silva Júnior assevera: “Na verdade, constituir um ambiente familiar adequado – emocional e materialmente equilibrado -, que proporcione reais vantagens, benefícios efetivos aos adotandos e vindo-lhes ao melhor interesse, não é prerrogativa somente de heterossexuais ou de relação afetiva entre homem e mulher, mas de seres humanos realmente motivados, preparados para a maternidade/paternidade. (*A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2010, p.114.).

<sup>211</sup> STJ, REsp 1107192/PR, rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, publ. em 27-5-2010.

fiscalização e controle da família, não pode se transformar numa interferência demasiada na vida das pessoas, a ponto de tolher o exercício da autonomia privada e escolhas pessoais que integram seu projeto de acesso a uma vida digna e feliz.

Acerca da proteção da família unipessoal, o Min. Mauro Campbell Marques afirma:

(...) O estado civil de solteira não afasta o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família prevista no art.1º da Lei n.8.009/90, conforme orientação cristalizada na Súmula n. 364 desta Corte, *in verbis*: O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.<sup>212</sup>

Ao estender a proteção do bem de família a pessoas solteiras, separadas e viúvas resta configurado que o Superior Tribunal de Justiça considerou tais famílias compostas por pessoas *singles*<sup>213</sup> como sendo família.

---

<sup>212</sup> STJ, REsp 772.829/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, publ. em 10-2-2011.

<sup>213</sup> A despeito da família unipessoal ou single, Rodrigo da Cunha Pereira faz uma brilhante explicação: “Não pode passar despercebida ao ordenamento jurídico a enorme propalação de indivíduos que optam ou são levados a viverem sozinhos, deslocados fisicamente dos demais entes a ele ligados por consangüinidade ou afetividade. São solteiros por convicção, viúvos ou separados/divorciados sem filhos, ou os que já constituíram outras famílias, celibatários etc. A característica principal dos *singles* não é morar sozinho, pois há muito casais, sem filhos, que vivem cada um em uma casa. A característica principal dos *singles* é não estarem vinculados maritalmente”. (*Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.120.).

## 8 CONCLUSÕES

Após todo o exposto, verifica-se que o novo perfil familiar segue em direção a uma nova interpretação, a qual objetiva através do uso da reflexão acerca dos novos valores e anseios sociais desmistificar verdades tidas como absolutas e imutáveis presentes no ordenamento jurídico atual no tocante ao Direito de Família, que tanto obstaculiza a resolução e esclarecimento destas questões polêmicas.

A realidade familiar não mais aceita ser regida sob a égide matrimonial e patrimonialista do Código Civil de 1916. O processo de constitucionalização do Direito vem a reforçar esta necessidade insustentável de mudança na seara familiar atual.

Diante disso, faz-se necessário compreender a família contemporânea a partir de uma visão pluralista, aberta e multifacetária, na qual esta instituição não pode ser compreendida como um fim em si mesmo, sendo ao contrário, um instrumento que prima pelo desenvolvimento pleno de seus membros, o que implica respeito pelo exercício da autonomia privada destes na ingerência da sua vida familiar, bem como o reconhecimento dos novos modelos familiares escolhidos, desde que estes sejam pautados na afetividade, respeito e comprometimento mútuo dos conviventes.

Ademais, as inúmeras formas familiares existentes além das previstas constitucionalmente, não deixam dúvidas quanto a necessidade de aceitação da realidade plural das famílias, as quais exigem serem legitimadas para que seus integrantes possam ter assegurado o exercício de sua autonomia privada com relação a livre manifestação de vontade atinente as suas escolhas sexuais.

A ausência de previsão constitucional disciplinando sobre os direitos das uniões homoafetivas e demais novas formas familiares, não leva a considerar que somente a família heterossexual constitui a base formadora da sociedade, haja vista as inúmeras formas familiares existentes na atualidade e que derrubam este frágil argumento. Em reforço, ao reconhecimento da pluralidade familiar na sociedade brasileira, pode ser também mencionado o artigo 3.º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 que expressamente ressalta como valores fundamentais: o bem-estar de todos, combate a todas as formas de preconceitos e discriminações, o que inclui entre estas hipóteses o combate a discriminação decorrente de orientação sexual.

O silêncio constitucional contribui para o grave desrespeito com os direitos humanos, na medida em que veta direito tão enfatizado na Constituição Federal, como o é o direito à liberdade sexual, a qual não aceita discriminações de nenhuma espécie. A ausência de regulamentação normativa não deve ser entendida como ausência de direito, nem muito menos ser utilizada como justificativa plausível para negar a prestação jurisdicional ou para não reconhecer a existência de direitos a estas novas entidades familiares. A ausência legislativa pode ser suprida pelo intérprete do Direito, que se socorrendo da principiologia jurídica, poderá exercer uma atuação reflexiva e criativa, e fazer justiça nas situações concretas que lhes são apresentadas.

Em reforço, não se pode esquecer que a sexualidade compreende a própria personalidade humana, pois nenhuma pessoa consegue realizar-se se não puder ter o direito de livre manifestar a sua autonomia privada com relação as suas escolhas sexuais.

Neste novo cenário familiar, a família é vista como ambiente propício para realização da dignidade humana, deixando de lado os antigos objetivos patrimoniais para se revelar numa comunidade que preza pelo afeto e ajuda mútua entre os conviventes. E a partir desta valorização da concepção ética do Direito de Família, se faz necessário o afastamento de valores morais em detrimento da ética, para que assim se possa solucionar com justiça os questionamentos da realidade familiar atual.

Uma sociedade que se diz primar pela democracia, liberdade, igualdade, e não discriminação dos indivíduos, não pode permitir que estes princípios não façam parte da célula mater da sociedade, que é a família.

Deve se ter em mente que as maiores conquistas que se podem obter do reconhecimento da pluralidade familiar não estar em assegurar a garantia de bens materiais e benefícios previdenciários, a conquista mais primorosa que pode ser assegurada a estas novas entidades familiares reside no reconhecimento e retirada da exclusão social que as impedem de ser tratadas com dignidade e cidadania para a livre manifestação da autonomia privada em um dos âmbitos mais privados e pessoais da Ciência Jurídica, que é o Direito de Família.

A intervenção estatal deve ser apenas permitida para o resguardo dos direitos fundamentais dos membros da família, sob pena de se configurar indevida intromissão deste ente na vida privada das pessoas e desrespeito a dignidade da pessoa humana.

Em verdade, o respeito a dignidade da pessoa humana deve ser aqui compreendida como sendo fonte de autonomia privada. Ao se estabelecer que a finalidade do Estado Democrático de Direito é a modificação da realidade social, o que se concretiza mediante a promoção de direitos fundamentais, pretende-se afirmar que o principal objetivo do Estado Democrático de Direito consiste em propiciar que as pessoas possam exercer livremente a sua autonomia privada no tocante as suas escolhas familiares, desde estas preencham os requisitos exigidos para caracterização de uma entidade familiar. Enfim, o maior o objetivo, do qual o Estado Democrático de Direito nunca deve se afastar é propiciar que a dignidade de todos os seres humanos seja respeitada, o que implica dizer que, esta deve ser respeitada independentemente de orientação sexual.

Em decorrência, compreender os benefícios da nova hermenêutica constitucional implica compreender este processo interpretativo de abertura da linguagem constitucional como sendo ensejador de nova significação para a Constituição, no que segue incorporando novos valores e dando significantes demonstrações de uma interpretação revitalizadora, e de fato, a solucionar melhor as exigências da sociedade democrática e plural.

E para consecução deste desiderato com sucesso, ou melhor, para estruturação jurídica dos difíceis e polêmicos questionamentos que giram em torno do Direito de Família contemporâneo, se faz necessário que os intérpretes e operadores do Direito compreendam que em virtude do caráter dinâmico do Direito de Família, este não pode se restringir e ficar preso aos mandamentos dos Códigos e das leis.

Atualmente, o contexto de uma realidade plural exige que se deixe de lado o formalismo e ingerências advindas do positivismo, para que se possa dar lugar a uma nova Hermenêutica constitucional, cujo fundamento principal está assentado na aplicação efetiva de uma principiologia jurídica preocupada em atender, solucionar, e mesmo, estar em consonância com os anseios da realidade plural das formas familiares.

Os princípios jurídicos revelaram ser eficazes instrumentos de aplicação hermenêutica, funcionando como organizadores de todo o ordenamento jurídico. Diante da força normativa conquistada ao longo dos anos, pôde ser denotada a importância dos princípios jurídicos, e assim, é reforçado ser um instrumento a serviço da aproximação do ideal de justiça, da ética, do abandono a todas as formas de discriminação, e enfim, por oferecer aos intérpretes do



Direito, relevantes ferramentas que orientem para decisões que tenham como premissa maior o respeito à dignidade da pessoa humana.

Como se pode perceber, as contribuições filosóficas, de doutrinadores e juristas possibilitaram definir os contornos de uma Hermenêutica Constitucional que serviu de instrumento teórico para o entendimento da Hermenêutica Principlológica e do importante papel do intérprete na construção e aplicação do Direito de Família no contexto hodierno.

Até que sobrevenha previsão constitucional regulando acerca dos direitos destas novas famílias, a utilização da Hermenêutica Principlológica se mostra um poderoso instrumento a proteger e retirar da exclusão social os integrantes destas novas famílias. Pois, ao considerar a família como fato cultural e não natural, a Hermenêutica Principlológica entende pelo reconhecimento da pluralidade familiar, e por ser dispensado tratamento digno a todo relacionamento formado com base na afetividade e que apresente a estrutura psíquica de família.

A modificação da estrutura organizacional da Família, como sendo lugar de afeto, de amor, não deixa espaço para nenhuma forma de discriminação que venha a colidir com as novas formas familiares.

Nesse sentido, a Hermenêutica se mostra um instrumento importante na interpretação e aplicação do Direito de Família, quando nos fornece subsídios para aplicação dos princípios norteadores do Direito de Família, e assim, nos auxilia a dispensar um novo tratamento jurídico atual que se mostre mais condizente com a realidade familiar brasileira, o que não mais comporta quaisquer tipos de discriminação ou resquícios de concepções morais antiquadas que não aceitem a realidade familiar plural e multifacetada.

Não obstante, a inequívoca realidade plural familiar brasileira, ainda existem julgadores e operadores do Direito que se negam a utilizar as contribuições da Hermenêutica Principlológica à serviço do Direito de Família contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. *In*: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coords). *Famílias no Direito contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Juspodivm, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito de família mínimo: possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Maria Bernadete Martins; ARRUDA, Suzana Margareth. *Como fazer referências: bibliográficas, eletrônicas e demais formas de documentos*. 2003. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/home982.html>>. Acesso em 16 set. 2009.

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v.2. 8.ed. São Paulo: RT, 2003.

AMARAL, Sylvia Mendonça. *O novo Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=333>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *A Constitucionalização do Direito: A Constituição como locus da hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato, de acordo com o atual Código Civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARLOEWEN, Constantin Von. *Livro dos saberes: diálogos com os grandes intelectuais do nosso tempo*. Tradução: Will Moritz. Osasco, SP: Novo século, 2010.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos e Direito de Família*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?Textid=85>>. Acesso em: 01 set. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÍBLIA CATÓLICA. *Antigo e novo testamento*. Traduzido por: Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Difusão cultural do livro. Levítico: Uniões abomináveis: 18:22.

BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República do Brasil*. Vade Mecum Saraiva. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL COMENTADO. Vol.II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1945.

CORREIA JUNIOR, José Barros. Patrimônio mínimo: bens para além das famílias. In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos, EHRHARDT JR, Marcos, OLIVEIRA, Catarina Almeida de (coords). *Famílias no Direito contemporâneo – Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*. Salvador: Juspodivm, 2010.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *O compromisso do IBDFAM*. Disponível em:  
<[http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont\\_id=1358&isPopup=true](http://www.mariaberenicedias.com.br/site/content.php?cont_id=1358&isPopup=true)>.  
Acesso em: 23 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. *União homoafetiva: o preconceito & a justiça*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Belmiro Vivaldo Santana. *O dano moral por discriminação à pessoa em decorrência de orientação sexual*. 2006. 137f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 50.ed. São Paulo: Global, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p.31.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *In*: Revista da Ajuris, n.º 88, tomo 1. Porto Alegre: dez. 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 8.ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto, GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, John; SOSA, Ernest. *Compêndio de Epistemologia*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: JAHAR Editores, 1982.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, v.1, n.1, p.7-17, abr./jun.1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

KUHN, Thomas S. *O caminho desde a estrutura*. Tradução de: Cesar Mortari. São Paulo: Unesp, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 6, n.24, p.136-156, jun./jul. 2004.

\_\_\_\_\_. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em 17/09/2011.

\_\_\_\_\_. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert. *Manual de Estilo Acadêmico: monografias, dissertações e teses*. 4.ed. rev .e ampl. Salvador: EDUFBA, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Novas perspectivas no Direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MEDEIROS, Arilene Maria Soares de; MARQUES, Maria Auxiliadora de Resende Braga. *Habermas e a teoria do conhecimento*. ETD: Educação Temática Digital, Campinas, SP, v.5, n.1, p.1-24, dez.2003. Disponível em: <<http://www.fae.unicamp.br/etd/include/getdoc.php?id=819...279>>. Acesso em: 10 de Junho 2010.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow. (Coords). *Direito contemporâneo de família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

MINAHIM, M.A. Mãe de Aluguel: controvérsias sobre um tema pontual em uma cultura confundida. *In: A família na contemporaneidade*. 1.ed v.1.Salvador: Podivm, 2006.

NEIVA, Gerivaldo Alves. *A união homoafetiva na jurisprudência*. Arpen Brasil. São Paulo, 2009. Disponível em:

<[http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1963&Itemid=83](http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1963&Itemid=83)>. Acesso em: 09 set. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil comentado e legislação extravagante*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Tradução de Estevão de Rezende Martins. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, dez. 1998, n.º 6.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. *A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 69, 01/10/2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6792](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6792)>. Acesso em 22/12/2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo, Rio Grande do Sul: UNISINOS, 2005.

SANTOS, Wellington Fonseca dos. *Família, Homossexualidade e a Adoção de Menores: Um Tino Epistemológico*. Disponível em: <<http://revistapensar.faculdadepromove.br/revistapensar/art/a40.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. v.5. 6.ed. São Paulo: Método, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.htm](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/tepedino_3.htm)> Acesso em: 26 ago. 2009.

UNIÃO METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA. *Manual de Trabalhos Acadêmicos*. Lauro de Freitas: Bahia, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coords). *Direito de família, aspectos constitucionais, civis e processuais*. Revista dos Tribunais, vol.4, São Paulo, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



## ANEXOS

### ANEXO I – PROJETOS LEGISLATIVOS

#### 1. Projeto de Lei 1.151, de 1995

(Deputada Marta Suplicy)

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

O Congresso Nacional decreta:

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

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

§ 1.º 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;

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

**Art.3.º** 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. 4.º** A extinção da união civil ocorrerá:

I- pela morte de um dos contratantes;

II- mediante decretação judicial.

**Art.5.º** 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;

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

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

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

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

**Art.8.º** É crime, de ação penal pública condicionada à representação, manter o contrato da união civil a que se refere esta Lei com mais de uma pessoa, ou infringir-se o § 2.º do art. 2.º. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

**Art. 9.º** Alteram-se os artigos da Lei 6.015, de 31. 12. 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.

“§ 1.º Serão averbados:

“[...]

“g) a sentença que declarar a 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. 03. 1990.

**Art.11.** Os arts.16 e 17 da Lei 8.213, de 24.07.1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.16. [...]

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

“Art. 17. [...]

“§ 2.º 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 arts. 217 e 241 da Lei 8.112, de 11. 12. 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 8.971, de 28. 12. 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 19.08.1980, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 113. [...]

“I – ter filho, cônjuge, companheira ou companheiro 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.

## 2. Substituto ao Projeto de Lei 1.151, de 1995

(Deputado Roberto Jefferson)

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

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1.º** 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. 2.º** A parceria civil registrada constitui-se mediante registro em livro próprio, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais na forma que segue.

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

- a) declaração de serem solteiros, viúvos, ou divorciados;
- b) prova de capacidade civil absoluta, mediante apresentação de certidão de idade ou prova equivalente;
- c) instrumento público do contrato de parceria civil.

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

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

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

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

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

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

- a) pela morte de um dos contratantes;

- b) mediante decretação judicial;
- c) de forma consensual, homologada pelo juiz.

**Art. 5.º** Qualquer das partes poderá requerer a extinção da parceria registrada:

- a) demonstrando a infração contratual em que se fundamenta o pedido;
- b) alegando o desinteresse na sua continuidade.

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

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

**Art. 7.º** É nulo de pleno direito o contrato de parceria registrada feito em mais de uma pessoa ou quando houver infração ao § 2.º do art. 2.º desta Lei.

**Parágrafo único.** Ocorrendo a infração mencionada no *caput*, seu autor comete o crime de falsidade ideológica, sujeitando-se às penas do art. 299 do Dec.-lei 2.848, de 07. 12. 1940.

**Art. 8.º** Alteram-se os arts. 29, 33 e 167 da Lei 6.015, de 31. 12. 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.

§ 1.º Serão averbados:

“[...]

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

“[...]

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

“[...]

“III- 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 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 registros.”

**Art. 9.º** 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. 03. 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 e 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. 12. 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:

1. o parceiro sobrevivente terá direitos, desde que não firme novo contrato de parceria civil registrada, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste;
2. o parceiro sobrevivente terá direito, enquanto não contratar nova parceria civil registrada, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora não sobrevivam ascendentes;
3. na falta de descendentes e ascendentes, o parceiro sobrevivente terá direito à totalidade da herança;
4. 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 3.071, de 1.º 01. 01. 1916, passa a vigorar acrescido de § 3.º, com a redação que se segue, passando o atual § 3.º a § 4.º.

“Art. 454. [...]”

“§ 1.º [...]”

“§ 2.º [...]”

“§3.º Havendo parceria civil registrada com pessoa do mesmo sexo, a esta se dará curatela”.

**Art. 15.** O art. 113 da Lei 6.815, de 31. 12. 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.

### 3. Projeto de Lei 70, de 1995

(Deputado José Coimbra.)

*Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências.*

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1º** O art. 129 do Dec. – lei 2.848, de 07. 12.1940 (Código Penal) passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art. 129. [...]”

*“Exclusão do crime*

“§ 9.º Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.”

**Art. 2.º** O art. 58 da Lei 6.015, de 31. 12. 1973 (Lei de Registros Públicos) passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

“§ 1.º Quando for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o oficial não houver impugnado.

“§ 2.º Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

“§ 3.º No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado ao registro de nascimento e no respectivo documento de identidade ser pessoa transexual”.

**Art. 3.º** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 4.º** Revogam-se as disposições em contrário.

#### **4. Projeto de Lei 3.099, de 2000**

(Deputado Pompeo de Mattos.)

*Dispõe sobre a obrigatoriedade de disciplina “Orientação Sexual”, nos currículos de 5.ª e 6.ª séries do ensino fundamental das escolas públicas e privadas.*

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1.º** Ficam obrigadas as escolas públicas e privadas, em todo o território nacional, a adotar nos currículos de 5.ª e 6.ª séries do ensino fundamental, disciplina “Orientação Sexual”.

**Art. 2.º** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 3.º** Revogam-se as disposições em contrário.

#### **5. Projeto de Lei 5.003, de 2001**

(Deputada Iara Bernardi.)

*Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.*

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1.º** A qualquer pessoa jurídica que por seus agentes, empregados, dirigentes, propaganda ou qualquer outro meio, promoverem, permitirem ou concorrerem para a discriminação de pessoas em virtude de sua orientação sexual serão aplicadas as sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo de outras de natureza civil ou penal.



**Art. 2.º** Para os efeitos desta Lei são atos de discriminação impor às pessoas, de qualquer orientação sexual, e em face desta, as seguintes situações:

- I – constrangimento ou exposição ao ridículo;
- II – proibição de ingresso ou permanência;
- III – atendimento diferenciado ou selecionado;
- IV – preterimento quando da ocupação de instalações em hotéis ou similares, ou a imposição de pagamento de mais de uma unidade;
- V – preterimento em aluguel ou locação de qualquer natureza ou aquisição de imóveis para fins residenciais, comerciais ou de lazer;
- VI – preterimento em exame, seleção ou entrevista para ingresso em emprego;
- VII – preterimento em relação a outros consumidores que se encontrem em idêntica situação;
- VIII – adoção de atos de coação, ameaça ou violência.

**Art. 3.º** A infração aos preceitos desta Lei sujeitará o infrator às seguintes sanções:

- I – inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;
- II – acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;
- III – isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária.

**Parágrafo único.** Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de doze meses contados da data de aplicação da sanção.

**Art. 4.º** O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 90 (noventa) dias.

**Art. 5.º** Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

## **6. Projeto de Lei 122, de 2006**

(Originário do Projeto de Lei da Câmara 5.003/2001, tramita no Senado.)

*Altera a Lei 7.716, de 05.01.1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao §3.º do art.140 do Dec. –lei 2.849, de 07. 12. 1940 – Código Penal, e ao art. 5.º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovado pelo Dec. –lei 5.452, de 01 .05. 1943, e dá outras providências.*

O Congresso Nacional decreta:

**Art. 1.º** Esta Lei altera a Lei 7.716, de 05. 01. 1989, o Dec. –lei 2.848, de 07. 12. 1940 – Código Penal, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Dec. –lei 5.452, de 01 . 05. 1943, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

**Art. 2.º** A emenda da Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passa a vigorar com a seguinte redação: “Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.”

**Art. 3.º** O *caput* do art. 1.º da Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1.º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.”

**Art. 4.º** A Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4.º- A:

“Art. 4.º -A Praticar o empregador ou seu preposto atos de dispensa direta ou indireta:

“Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

**Art. 5.º** Os arts.5.º, 6.º e 7.º da Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5.º Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou a permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público:

“Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos.

“Art. 6.º Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar, retardar ou excluir, em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional:

“Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

“Parágrafo único. (Revogado).

“Art. 7º Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares:

“Pena – reclusão de 3 (três) a 5 (cinco) anos.

**Art. 6.º** A Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7.º -A:

“Art. 7.º -A Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a locação, a compra, a aquisição, o arrendamento ou o empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade:

“Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

**Art. 7.º** A Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 8.º - A e 8.º -B:

“Art. 8.º -A Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no art. 1.º desta Lei:

“Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

“Art. 8.º -B Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transexual, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs:

“Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

**Art. 8.º** Os arts. 16 e 20 da Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.16. Constituem efeito da condenação:

“I – a perda do cargo ou função pública, para o servidor público;

“II – inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional;

“III – proibição de acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos;

“IV – vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária;

“V – multa de até 10.000 (dez mil) UFIR, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, levando-se em conta a capacidade financeira do infrator;

“VI – suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a 3 (três) meses.

§ 1.º Os recursos provenientes das multas estabelecidas por esta Lei serão destinados para campanhas educativas contra a discriminação.

§ 2.º Quando o ato ilícito for praticado por contratado, concessionário, permissionário da administração pública, além das responsabilidades individuais, será acrescida a pena de rescisão do instrumento contratual, do convênio ou da permissão.

§ 3.º Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de 12 (doze) meses contados da data da aplicação da sanção.

§ 4.º As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação.

“[...]”

“Art.20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero:

“[...]”

“§ 5.º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica.”

**Art. 9.º** A Lei 7.716, de 05. 01. 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts, 20-A e 20-B.

“Art. 20-A. A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta Lei será apurada em processo administrativo e penal, que terá início mediante:

“I – reclamação do ofendido ou ofendida;

“II – ato de ofício de autoridade competente;

“II – comunicado de organizações não governamentais de defesa da cidadania e direitos humanos.

“Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos desta Lei e de todos os instrumentos normativos de proteção dos direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos direitos humanos.

§ 1.º Nesse intuito, serão observadas, além dos princípios e direitos previstos nesta Lei, todas as disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas.

§ 2.º Para fins de interpretação e aplicação desta Lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil.”

**Art.10.** O § 3.º do art. 140 do Dec. –lei 2.848, de 07. 12. 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.140. [...]”

§ 3.º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

“Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”.

**Art. 11.** O art. 5.º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Dec. –lei 5.452, de 01.05. 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art.5.º [...]

“Parágrafo único. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do *caput* do art.7.º da Constituição Federal.”

**Art.12.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **7. Projeto de Lei 379, de 2003**

(Deputada Laura Carneiro)

*Institui o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual.*

O Congresso Nacional decreta:

**Art.1.º** É instituído o Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual, a ser comemorado em 28 de junho, anualmente.

**Art.2.º** Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

## **8. Projeto de Lei 2.383, de 2003**

(Deputada Maninha)

*Altera a Lei 9.656, de 03. 06. 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, na forma que especifica e dá outras providências.*

O Congresso Nacional decreta:

**Art.1.º** O art. 14 da Lei 9.656, de 03. 06. 1998, passa a vigorar acrescido de parágrafo único, com a seguinte redação:

“Art.14. [...]

“Parágrafo único. A vedação prevista no *caput* abrange qualquer forma de frustrar ou impedir a contratação de pessoas como dependente econômico, companheiro ou companheira, ou participante de grupo familiar de outrem em razão de pertencerem ao mesmo sexo, considerando-se o ato com tal finalidade discriminatório e punível na forma da legislação específica”.

Art.2.º É aplicável a vedação do artigo anterior a qualquer entidade pública ou privada que utilize, gerencie ou opere planos de saúde, próprios ou contratados.

Art.3.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art.4.º Revogam-se as disposições em contrário.

## ANEXO II – NORMATIZAÇÕES

### **1.Instrução Normativa 25/2000, do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, de 07. 06. 2000.**

*Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.*

Fundamentação legal: Ação Civil Pública 2000. 71. 00.009347-0

A Diretoria Colegiada do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07. 06. 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do art. 7.º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria 6.247, de 28. 12. 1999, e

Considerando a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios,

Resolve:

**Art.1.º** Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio-reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

**Art.2.º** A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro e companheira homossexual reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC 20, de 18. 05. 2000.

**Art. 3.º** A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

- I – declaração de Imposto de Renda do Segurado, em que conste o interessado como seu dependente;
- II – disposições testamentárias;
- III – declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);
- IV – prova de mesmo domicílio;

- V – prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
- VI – procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
- VII – conta bancária conjunta;
- VIII – registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;
- IX – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;
- X – apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
- XI – ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;
- XII – escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;
- XIII – quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

**Art. 4.º** Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa – JA.

**Art. 5.º** A Diretoria de Benefícios e a Dataprev estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

**Art. 6.º** Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 7 de junho de 2000.

Crésio de Mattos Rolim, Diretor- Presidente do INSS  
Paulo Roberto T. Freitas, Diretor de Administração  
Luiz Alberto Lazinho, Diretor de Arrecadação  
Sebastião Faustino de Paula, Diretor de Benefícios  
Marcos Maia Júnior, Procurador- Geral

(DOU, Seção e-1, 08. 06. 2000, p.4; DOU, Seção e-1, 09. 06. 2000, p.88, retificação)



## 2. Resolução Normativa 77/2008, do Conselho Nacional de Imigração, de 29. 01. 2008

*Dispõe sobre critérios para a concessão de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência, ao companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo.*

O Conselho Nacional de Imigração, instituído pela Lei 6.815, de 19. 08. 1980 e organizado pela Lei 10.683, de 28. 05. 2003, no uso das atribuições que lhe confere o Dec. 840, de 22. 06. 1993, resolve:

**Art. 1.º** As solicitações de visto temporário ou permanente, ou de autorização de permanência para companheiro ou companheira, em união estável, sem distinção de sexo, deverão ser examinadas ao amparo da Resolução Normativa 27, de 25. 11. 1998, relativa às situações especiais ou casos omissos, e da Resolução Normativa 36, de 28. 09. 1999, sobre reunião familiar.

**Art. 2.º** A comprovação da união estável poderá ser feita por um dos seguintes documentos:

- I – atestado de união estável emitido pelo órgão governamental do país de procedência do chamado; ou
- II – comprovação de união estável emitida por juízo competente no Brasil ou autoridade correspondente no exterior.

**Art. 3.º** Na ausência dos documentos a que se refere o art. 2.º, a comprovação de união estável poderá ser feita mediante apresentação de:

- I - certidão ou documento similar emitido por autoridade de registro civil nacional, ou equivalente estrangeiro;
- II – declaração, sob as penas da lei, de duas pessoas que atestem a existência da união estável;
- e
- III – no mínimo, dois dos seguintes documentos:
  - a) comprovação de dependência emitida por autoridade fiscal ou órgão correspondente à Receita Federal;
  - b) certidão de casamento religioso;
  - c) disposições testamentárias que comprovem o vínculo;
  - d) apólice de seguro de vida na qual conste um dos interessados como instituidor do seguro e o outro como beneficiário;

- e) escritura de compra e venda, registrada no Registro de Propriedade de Imóveis, em que constem os interessados como proprietários, ou contrato de locação de imóvel em que figurem como locatários; e
- f) conta bancária conjunta.

**Parágrafo único.** Para efeito do disposto nas alíneas de *b* a *f* do inciso III deste artigo, será exigido o tempo mínimo de um ano.

**Art. 4.º** O chamante deverá apresentar ainda:

- I – requerimento contendo o histórico da união estável;
- II – escritura pública de compromisso de manutenção, subsistência e saída do território nacional, caso necessário, em favor do chamado, lavrada em cartório;
- III – comprovação de meios de subsistência do chamante ou do estrangeiro chamado, com fonte no Brasil ou no exterior, suficientes para a manutenção e subsistência de ambos, ou contrato de trabalho regular, ou ainda, de subsídios provenientes de bolsa de estudos, além de outros meios lícitos;
- IV – cópia autenticada do documento de identidade do chamante;
- V – cópia autenticada do passaporte do chamado, na íntegra;
- VI – atestado de bons antecedentes expedido pelo país de origem ou de residência habitual do chamado;
- VII – comprovante de pagamento da taxa individual de imigração; e
- VIII – declaração, sob as penas da lei, do estado civil do estrangeiro no país de origem.

**Parágrafo único.** A critério da autoridade competente, o chamante poderá ser solicitado a apresentar outros documentos.

**Art. 5.º** Os documentos emitidos no exterior deverão estar legalizados pela repartição consular brasileira no país e traduzidos por tradutor juramentado no Brasil.

**Art. 6.º** Caso necessário, o Conselho Nacional de Imigração solicitará ao Ministério da Justiça a realização de diligências.

**Art. 7.º** No caso de visto permanente ou de autorização de permanência, o estrangeiro continuará vinculado à condição que permitiu sua concessão pelo prazo de dois anos, devendo tal condição constar em seu passaporte e Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE).

§ 1.º O portador do registro permanente vinculado previsto no *caput* poderá requerer permanência por prazo indeterminado mediante comprovação da continuidade da união estável.

§ 2.º Decorrido o prazo a que se refere o *caput* caberá ao Ministério da Justiça decidir quanto à permanência por prazo indeterminado do estrangeiro no País.

§ 3.º A apresentação do requerimento de que trata do § 1.º, após vencido o prazo previsto no *caput*, sujeitará o chamado à pena de multa prevista no inciso XVI do art. 125, da Lei 6.815, de 1980, alterada pela Lei 6.964, de 09. 12. 1981.

**Art. 8.º** Esta Resolução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando aos processos já em tramitação.

**Art. 9.º** Fica revogada a Resolução Administrativa 5, de 03. 12. 2003.

Paulo Sérgio de Almeida,  
Presidente do Conselho Nacional de Imigração  
(DOU 27, 11. 02. 2008, Seção I, p. 81)









