



UNIFACS
UNIVERSIDADE SALVADOR
LAUREATE INTERNATIONAL UNIVERSITIES*

UNIVERSIDADE SALVADOR
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.514 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Adriano Carneiro S. Brandão*

Fábio Luiz Palma Gomes**

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A família homoafetiva – 3 A evolução da compreensão jurídica e social do casamento – 4 Estrutura jurídica do casamento – 5 Uma visão constitucionalista do casamento – 6 Considerações finais – Referências

RESUMO: O Código Civil de 2002 não contempla tacitamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, demonstrando o seu descompasso com os valores do ordenamento jurídico atual. A sociedade brasileira vem evoluindo a cada dia e a sua existência dentro de um Estado Democrático de Direito, não mais comporta os discursos perniciosos e preconceituosos que condiciona a união entre homossexuais. Assegurar aos homossexuais o direito à família pelo casamento civil é garantir a tutela de direitos e liberdades fundamentais a qualquer indivíduo. A existência da união homossexual é indiscutível e o reconhecimento desse vínculo, perante a sociedade civil como família e matrimônio, ocorre em uma progressão mundial à luz dos direitos humanos.

PALAVRA CHAVE: Inconstitucionalidade; Artigo 1514; Casamento.

1. INTRODUÇÃO.

A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras e com isso a concepção de família vem se adaptando às necessidades sociais prementes de cada tempo. No início do século passado, a família constituía-se unicamente pelo

* Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS. 2010.

E-mail: adriano.csb@hotmail.com

** Bacharel em Fisioterapia pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. 1998 e Bacharelado em Direito pela Universidade Salvador- UNIFACS. 2010.

E-mail: fabiodireito21@uol.com.br

matrimônio que era indissolúvel e fazia distinções entre seus membros. Nessa época, a família era uma unidade de produção e reprodução, de perfil hierarquizado e patriarcal, refletindo à influência da Revolução Francesa sobre o Código Civil brasileiro de 1916.¹

Com a revolução industrial, a necessidade de mão-de-obra fez com que a mulher ingressasse no mercado de trabalho, devolvendo-lhe a plena capacidade e a função de subsistir a família. Dessa forma, reduziu o caráter produtivo, tornando-a nuclear. Isso fez com que as relações familiares aproximassem mais os seus membros a partir dos vínculos afetivos de carinho e amor.²

Com isso, sucessivas alterações legislativas ocorreram: O Estatuto da Mulher Casada³ (L.4.121/1962), atribuindo-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos; A Ementa Constitucional nº 9 de 1977⁴ e a L. 6.515/1977⁵, que acabou com a indissolubilidade do casamento, pois cessado o afeto, dissolve-se o vínculo que sustenta a família.

Mas, a principal alteração advém da Constituição Federal de 1988 que introduziu diversa ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana e instaurando o tratamento igualitário entre o homem e a mulher. Assim, o conceito de família ficou mais abrangente, a proteção à família não se limitou à aquela constituída pelo casamento, mas também a união estável entre o homem e a mulher, como também consagrou a família monoparental. Ademais, protegeu de forma igualitária todos integrantes das relações familiares e os filhos havidos ou não fora do casamento.

Já o Código Civil de 2002, incorporou as mudanças legislativas ocorridas por meio de legislação esparsa, regulou o casamento e a união estável e excluiu algumas expressões e conceitos que retratavam ranços e preconceitos discriminatórios.

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp., 2007, p.8 et seq.

² DIAS. Op cit, 2007, p.8 et seq.

³ **BRASIL. Lei 4.121, de 27 de ago. 1962. Disponível em:** <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>. Acesso em: 29 out. 2010.

⁴ **BRASIL. Emenda Constitucional nº 9, de 28 jun. 1977. Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 29 out. 2010.

⁵ **BRASIL. LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>. Acesso em: 29 out. 2010.

Isso demonstra a íntima ligação da família com as transformações operadas nos fenômenos sociais. A sociedade que antes só aceitava a família constituída pelo matrimônio passou a reconhecer os vínculos afetivos formados sem o casamento, que passaram a ser regulados pelo ordenamento jurídico como entidade familiar. Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a família é entidade “ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através do tempo”.⁶

Hoje, os avanços tecnológicos, científicos e culturais que inspiram a sociedade atual sobrepuseram e romperam, definitivamente, com a concepção tradicional de família. Nessa perspectiva, a família em sua feição jurídica e sociológica passou a preocupar-se com a proteção da dignidade da pessoa humana. Segundo Maria Berenice Dias:

Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito, e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias.⁷

Essa nova faceta da sociedade, que trás consigo necessidades universais, impõe-se reconhecer as uniões homoafetivas como consentâneo dos ideais de igualdade e dignidade da pessoa humana.

2 A FAMÍLIA HOMOAFETIVA

Ao longo da história da humanidade se percebe a discriminação e o preconceito que os homossexuais sofrem diuturnamente na sociedade. A Igreja utilizou-se do casamento para disseminar a fé cristã, inspirada no “crescei e multiplicai-vos”, sendo assim a infertilidade das relações homossexuais é um dos motivos pelos quais a igreja passa a rejeitar-los e segregá-los socialmente. Como assevera Maria Berenice Dias mesmo com a ausência de lei, não significa dizer que inexista direito, devendo sim as relações homossexuais, por ela chamada de homoafetivas, serem tutela pelo Estado e pelo Poder judiciário.

⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.17.

⁷ DIAS. Op cit, 2007, p.34.

Segundo Paulo Lobo⁸ o art. 226⁹ da Constituição Federal de 1988 trata-se de uma cláusula geral de inclusão, não se pode excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. Disto decorre que qualquer relacionamento que apresentem estas características, independente de diversidade de sexo, devem ser considerados como família e merecem a tutela da lei.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade da isonomia devem nortear todo o ordenamento jurídico pátrio, no sentido de confirmar que o Estado deve proteger todo e qualquer cidadão, vedando a discriminação e preconceitos por motivo de origem, raça, sexo ou idade. Além da vedação da Constituição Federal no que tange aos direitos e garantias individuais, assevera que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza.

A sexualidade é um direito humano fundamental que decorre da natureza do homem, que o acompanha desde o seu nascimento, sendo inalienável e imprescritível. A limitação a orientação sexual na esfera privada caracteriza uma afronta ao direito à liberdade a que faz jus todo ser humano.

Maria Berenice Dias relata que não há interesse do legislador em legislar sobre este tema, pois não seria interessante diante de um eleitorado tido como conservado, devido a isto vagam no Congresso Nacional projetos que versam sobre o tema, a exemplo, do Projeto de Parceria Civil (PL 1.151/1999).

Uma parcela da jurisprudência vem reconhecendo a existência de uma mera sociedade conjugal, consoante art. 981¹⁰ do Código Civil, a saber: Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Pontuando no seu parágrafo único que a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. É bom frisar que de fato se trata

⁸ LOBO; apud DIAS. Op cit, 2007, p.187.

⁹ Art. 226. Constituição Federal de 1988. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 nov. 2010.

¹⁰ Art. 981. Código Civil de 2002. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01 nov. 2010.

de uma relação baseada na afetividade e não em vínculo negocial. Decorre que destas classificação como sociedade de fato, ou seja, pertence ao direito obrigacional, esta alijado do direito das famílias, o que afastaria os direitos sucessórios, por exemplo.

Vale ressaltar que a solução, via de regra, adotada pelo judiciário em situações análogas vividas por relações heterossexuais e homossexuais são totalmente desiguais. Haja vista que um casal heterossexual terá, provavelmente, a tutela jurisdicional. Já o casal homossexual, provavelmente, não passara do juízo de admissibilidade, sendo alegado impossibilidade jurídica do pedido, salvo raras exceções, que reconhecerá, no máximo, uma sociedade de fato.

Segundo Maria Berenice Dias a omissão legislativa leva ao surgimento de um círculo perverso. O Poder Judiciário deparando-se com a ausência de legislação leva-o a rejeitar a prestação jurisdicional, confundindo a “carência legislativa com a inexistência de direito”. Vale observar que a própria legislação determina que nos casos onde haja omissão, o magistrado deverá decidir com base na analogia, costumes e princípios gerais do direito. Sendo assim não deveria existir o tal círculo perverso aludido pela brilhante doutrinadora, já que há determinação expressa legal em sentido oposto, consoante art. 4º e 5º da LICC¹¹ e 129 do CPC. Assim o judiciário deve socorrer-se dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e á igualdade de maneira que as uniões homoafetivas sejam inseridas no âmbito de proteção como entidade familiar, já que como nas relações heterossexuais, casamento e união estável, também é baseado no afeto.

Ao judiciário não cabe julgar as opções de vida das partes propondo soluções que se distanciam da ética e aproximam da moral individual de cada magistrado, o que é muito variável e não representa com cientificidade a uniformização da opinião pública, chancelando injustiças e dano ensejando o enriquecimento sem causa, por exemplo¹².

Segundo Maria Berenice Dias quem ainda resiste em reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares, deve ao menos utilizar a analogia para

¹¹ Art. 4º Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de set. 1942**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

¹² Cf. DIAS. Op cit, 2007, p.191.

aplicar as normas de direito das famílias. Assevera a doutrinadora que os bens adquiridos durante o convívio pertencem a ambos, mesmo que somente em nome de um deles, presumindo-se esforço comum, aplicando-se o regime de comunhão parcial de bens. Deve também ter o mesmo tratamento para episódios idênticos, heterossexuais e homossexuais, como o fim do relacionamento, por morte ou por separação, aplicando-se o regramento do casamento ou da união estável, sendo reconhecido, por exemplo, o direito a alimentos, direito real de habilitação, direitos sucessórios e todos os demais direitos afetos àqueles.

Como sempre ocorre, o fato social antecipa o fato jurídico e a jurisprudência antecipa a lei. Vivi-se atualmente uma situação de transição, onde se encontram alijados os direitos ao tratamento igualitário das relações. Mas há de chegar o tempo da eficácia do fato jurídico da união homoafetiva.

A omissão legislativa não deve funcionar como mais uma forma de discriminação e preconceitos às uniões homoafetivas. É inadmissível que o Poder judiciário chancela o enriquecimento sem causa em decorrência da orientação sexual.

A Lei Maria da Penha amplia o conceito de família, o qual independe do sexo dos parceiros, consoantes artigos 2^o¹³ e parágrafo único do 5^o¹⁴ da aludida lei. Nesta é assegurada a proteção legal a fatos que ocorram no ambiente doméstico, ocorridas no seio familiar, logo comparou a união homoafetiva a entidade familiar. A lei ao afirmar que toda mulher independente de classe, etnia, orientação sexual gozam de todos os direitos fundamentais inerentes ao ser humano estende tais direitos ao homem, bastando para isso uma interpretação parametrizada no princípio da igualdade. Logo deve ser considerado também o relacionamento entre homens como entidades familiares.

¹³ Art. 2^o. Lei Maria da Penha de 2006. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. **BRASIL**. Lei 11.340, de 7 de ago. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 de Nov. 2010.

¹⁴ Art. 5^o Lei Maria da Penha de 2006 Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. [...]. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. **BRASIL**. Lei 11.340, de 7 de ago. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 03 de Nov. 2010

Com a vigência desta lei federal ocorreu significativo avanço no ordenamento, no sentido de ofertar a proteção de Estado às uniões do mesmo sexo, não cabendo mais esconder-se atrás da “sociedade de fato”, encobrendo discriminação e preconceitos ainda enraizados na sociedade¹⁵.

Ademais, o casamento, em meio a esta multiplicidade de núcleos afetivos, perdeu a exclusividade, mas não a proteção. O casamento continua sendo uma das formas de constituir a entidade familiar. Não obstante, nem a Constituição Federal nem o Código Civil de 2002, fazem qualquer referência ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

3 A EVOLUÇÃO DA COMPREENSÃO JURÍDICA E SOCIAL DO CASAMENTO

O casamento religioso foi a única forma de casamento até a república, em 1889. No código civil de 1916 o único modo para se constituir a família seria através do casamento. A família era concebida de forma patriarcal e tal concepção se refletia na legislação vigente à época. O casamento era indissolúvel, não havia outra forma de convívio aceitável legalmente. A única possibilidade de romper com o mesmo era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial, impedindo novo casamento.

Com o advento da Lei do Divórcio¹⁶, de 26 de dezembro de 1997, o desquite passou a separação, incluindo mais uma forma de ruptura do casamento, a saber, a separação e o divórcio. Entretanto eram exigidos prazos longos ou identificação de um culpado pela separação, sem sombras de dúvidas uma tentativa de manutenção da família como concebida à época. Vale ressaltar que o cônjuge que tomasse a iniciativa da ação de separação, mesmo que não pesasse contra si a responsabilização pelo fim do casamento, perdia o direito à percepção de alimentos, por exemplo. Esta sanção era aplicada tanto a quem deu causa a separação como a quem tomasse a iniciativa da propositura da ação específica. Aqui percebe-se que o legislador utiliza-se de mecanismos punitivos com o intuito de manter a qualquer custo o casamento, a afetividade, a dignidade das pessoas eram colocadas em segundo plano.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp., 2007, p.190.

¹⁶ BRASIL. **Lei 6.515, de 26 de dez. 1977**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

A Constituição Federal de 1988, percebendo a nova realidade social brasileira, amplia o conceito de família para além do casamento, englobando como entidade familiar outros relacionamentos, protegendo, a exemplo, o vínculo monoparental e a união estável, consoante art. 226, § 3º da Carta Magna¹⁷. Com esta mudança paradigmática o casamento deixou de ser a única forma exterior de visualização da família. Segundo Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias, o Código Civil de 2002 de forma displicente apenas copiou o conteúdo da legislação anterior, sequer modernizou sua linguagem, esquecendo-se da ampliação constitucional e ignorando as famílias monoparentais. Afirma ainda que tal legislação tem aspecto conservador limitando-se a regulamentar exclusivamente o casamento, consoante se observa da leitura da obra da ilustre doutrinadora¹⁸ a seguir:

O **Código Civil**, com vigência desde de 2003, de forma displicente, copiou os dispositivos da legislação anterior. Não modernizou sequer a linguagem – bastava ver o vocabulário utilizado no ato da celebração do casamento (CC 1.535): De acordo com a vontade que ambos os acabais de afirmar perante a mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados. Limitou-se o codificador a incorporar a legislação que regulava as uniões estáveis e esqueceu as famílias monoparentais. Assim, no atual estágio da sociedade soa bastante conservadora a legislação que, em sede de direito das famílias, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente o casamento, como se fosse destino de todos os cidadãos. Como diz Marcelo Colares, o casamento parece fundar-se em um ideal de estabilidade e institucionalização de papéis fixos. (grifos do autor)

Há uma omissão legislativa no Código Civil de 2002, já que ao longo dos seus 110 artigos que versam sobre casamento, não há uma definição legal do que venha a ser família ou casamento, limitando-se apenas a estabelecer requisitos para sua celebração, postula direitos e deveres dos cônjuges e as regras dos regimes de bens.

Segundo Maria Berenice Dias dentre os diversos conceitos de família postulado pela doutrina, o conceito que melhor a define é a concepção adotada por uma lei, a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha¹⁹ em seu art. 5º, III na qual família é relação íntima de afeto, assevera a autora que bom

¹⁷ Art. 226. Constituição Federal de 1988. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. [...]. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2010.

¹⁸ DIAS. Op cit, 2007, p.140.

¹⁹ **BRASIL. LEI 11.340, de 7 de ago. 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 05 de Nov. 2010.

seria que essa definição servisse também para definir casamento. Entretanto a doutrina mais tradicional demonstra que no casamento deve-se preponderar a questão relacionada ao interesse da ordem pública, em detrimento do interesse dos cônjuges. A legislação sacraliza de tal forma o casamento, que leva a crer que este é a única forma de constituição de uma família. Todavia a Constituição Federal de 1988 considera como base da sociedade e merecedora de atenção e proteção do Estado, a família e não o casamento.

Para Gustavo Tepetino²⁰ a família é “nitidamente instrumental: comunidade intermediária, com especial proteção do Estado, na medida em que cumpra o seu papel, a um só tempo dever e justificativa axiológica”. Estes deveres são atribuídos secundariamente à sociedade e subsidiariamente ao Estado. Vale ressaltar que a participação do Estado é invocada de forma residual ou supletiva como se observa nos artigos 227²¹ e 230²² da Constituição Federal de 1988, aduzindo que é dever da

²⁰ TEPEDINO; *apud* DIAS. Op cit, 2007, p.140.

²¹ Art. 227. Constituição Federal de 1988. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

família, da sociedade e do Estado. Aqui se observa que o Estado delega a família e não ao casamento os deveres sociais, e a coloca como base da sociedade.

O casamento significa tanto ato de celebração do matrimônio como relação matrimonial, no sentido de comunhão de vidas ou afetos. Com o casamento os noivos passam a desfrutar do estado de casados, criando-se vínculos conjugal entre os cônjuges e o vínculo de parentesco por afinidade que liga os cônjuges aos parentes dos outros. A depender do regime de bens, os anteriormente noivos, passam de detentores da titularidade exclusiva do patrimônio para co-proprietários dos mesmos.

Em que pese a legislação não definir a casamento, a lei assevera sua finalidade no sentido de estabelecer a comunhão pela vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, e os seus efeitos, quando pontua que o homem e mulher assumem mutuamente a condição de consorte, companheiros e responsáveis pela família, consoante artigos 1.511²³ e 1.565²⁴ do Código Civil de 2002.

4 ESTRUTURA JURÍDICA DO CASAMENTO

O casamento é regido pelo Código Civil que regulamenta os seus requisitos de validade, seus efeitos e sua dissolução. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 226, §§ 1º e 2º²⁵, admite duas formas de casamento, quais sejam, o casamento civil

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 nov. 2010.

²² Art. 230. Constituição Federal de 1988. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 nov. 2010.

²³ Art. 1.511. Código Civil de 2002. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 01 nov. 2010.

²⁴ Art. 1.565. Código Civil de 2002. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 01 nov. 2010.

²⁵ Art. 226. Constituição Federal de 1988. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. [...]. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

e o casamento religioso com efeitos civis, consoante artigos 1.512²⁶, 1.515²⁷ e 1.516²⁸ do Código Civil de 2002.

Em que pese o casamento por procuração não ser uma espécie de casamento, é uma modalidade. Vale ressaltar que esta procuração deve ser outorgada por instrumento público com poderes especiais, tendo validade de 90 dias e ambos os noivos podem casar, sendo representados por procuradores. Entretanto o legislador não diz que pode-se deixar o casamento através de procuração limitando-se a pontuar que tanto a a ação de separação como a de divórcio competem exclusivamente aos cônjuges, consoantes artigos 1.576²⁹, parágrafo único e o 1.582³⁰ do Código Civil. Aqui mais uma vez fica clara a intenção do legislador em “facilitar” o casamento. Vale salientar que o Conselho Nacional de Justiça, CNJ, conforme resolução 35, de 24 de abril de 2007, admitia que a separação e no divórcio consensuais realizados extrajudicialmente os separandos e os divorciandos podem se fazer representar por mandatário constituídos por escritura pública com poderes especiais e prazo de validade de 30 dias.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 01 nov. 2010.

²⁶ Art. 1.512. Código Civil de 2002. O casamento é civil e gratuita a sua celebração. Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 01 nov. 2010.

²⁷ Art. 1.515. Código Civil de 2002. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 01 nov. 2010.

²⁸ Art. 1.516. Código Civil de 2002. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil. § 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. § 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532. § 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 01 nov. 2010.

²⁹ Art. 1.576. Código Civil de 2002. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 01 nov. 2010.

³⁰ Art. 1.576. Código Civil de 2002. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 01 nov. 2010.

São ainda espécies de casamento o nuncupativo ou “*in extremis*”, quando uma dos nubentes está em iminência de risco de morte (CC 1.540 a 1.542), o putativo que é aquele casamento nulo ou anulável, mas que contraído de boa-fé por um ou por ambos os cônjuges, o casamento consular, que é aquele de brasileiro realizado no estrangeiro perante autoridade consular brasileira (CC 1.544), o de estrangeiro o qual estabelece que a lei do país onde está domiciliado a pessoa determina as regras gerais sobre direito das famílias, sendo necessário o registro de certidão do casamento devidamente traduzida e autenticada pelo agente consular brasileiro, consoante art. 7º da LICC³¹. Além destas espécies citadas anteriormente, Maria Berenice Dias considera o casamento entre homossexuais uma espécie do casamento. Segundo a doutrinadora nem a constituição Federal nem a lei, ao disciplinarem o casamento, fazem referência ao sexo dos nubentes, logo não haveria qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal que impeça o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Relata ainda que não se encontra, entres os impedimentos, matrimônios quer absoluto (CC1.521) quer entres os relativos, também chamados de causas suspensivas (CC 1.523), a diversidade do sexo do casal, o que dificulta a realização do mesmo é somente o preconceito social que ainda vige na sociedade, o que pode ser observado na seguinte passagem da doutrinadora³²;

³¹ Art. 7º Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. § 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. § 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes. § 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal. § 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal. § 5º - O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro. § 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais. § 7º Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda. § 8º Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre. BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de set. 1942.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 02 nov. 2010

³² DIAS. Op cit., 2007, p.147.

Só o fato da lei estabelecer (CC 1.565) que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consorte, companheiros e responsáveis pelos encargos da família não significa que esteja limitando o casamento a heterossexual. Simplesmente o que está afirmado é que tanto o homem como a mulher assumem tal condição, e não que necessariamente tenham de estar casados com pessoas do sexo oposto. Tanto é assim que vem aumentando o número de países que admitem o casamento entre pessoas, independentes do sexo do par.

Segundo Roberto Lorea³³ com o alargamento do conceito de família, albergando as uniões homoafetivas trazidas pela Lei Maria da Penha, derruba-se a última barreira, meramente formal, para a democratização do acesso ao casamento no Brasil. Tal conceito harmoniza com o conceito de casamento entre cônjuges do art. 1.511³⁴ do Código Civil, não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para o casamento.

Maria Berenice Dias vai além, asseverando que não há como negar aos transexuais o direito de casar, já que obteve a alteração de nome e da identidade de sexo no registro civil tem a possibilidade de casar com pessoa de sexo diferente do seu.

5 UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO

O casamento representa uma “instituição histórica, trazendo consigo a carga da tradição e de inúmeros fatores que a ele se agregam com o passar do tempo”.³⁵ No cenário da sociedade atual, o casamento representa o vínculo de afeto e solidariedade entre duas pessoas, que se unem para constituir família. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

é uma das formas de regulamentação social da convivência entre pessoas que se entrelaçam pelo afeto. Que o ser humano carece de uma convivência plena, com ajuda mútua no campo material, psicológico, sexual, biológica e espiritual, parece certo e incontroverso. O casamento é, assim, uma das formas de alcançar essa plenitude, a partir de uma família, com diversos objetivos e perspectivas personalíssimas.³⁶

³³ LOREA; *apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp., 2007, p.147.

³⁴ Art. 1.511. Código Civil de 2002. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de jan. 2002**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 01 nov. 2010.

³⁵ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2008, p.91.

³⁶ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2008, p.95

Essa nova faceta do casamento decorre da pluralidade das entidades familiares que surgiram com a Constituição Federal de 1988. O constituinte firmou um Estado Democrático de Direito tendente a realização dos direitos e liberdades fundamentais. O Direito Constitucional trouxe uma nova ordem de valores essenciais à pessoa humana, como: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade substancial e a liberdade.³⁷

No artigo 1º, inciso III, do texto constitucional, o legislador consagrou a pedra basilar de todo o ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁸

Adverte Vicente Greco Filho:

Esse valor supremo é o valor da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e que constitui sua própria razão de ser. Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, se abduquem de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abducação se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo.³⁹

Já os artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso I, do diploma Constitucional, contemplaram a igualdade, a isonomia e a liberdade dos os indivíduos ao dispor:

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

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

ART. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.⁴⁰

De outra forma, o Art. 226, §5º, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a igualdade de direitos entre o homem e a mulher. Assim, hoje, “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela

³⁷ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2008.

³⁸ Art. 1º “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: III - a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 nov.2010.

³⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 10

⁴⁰ Ambos os artigos de: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 nov.2010.

mulher.”⁴¹ Assim, qualquer dispositivo que estabeleça distinção ou discriminação a esse preceito constitucional é considerado inconstitucional.

Entretanto, a influência desses preceitos no Direito de Família, a partir das disposições do Código Civil de 2002, restou precária.

Perceba que quando o artigo 1.514, do CC/02, diz que “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”⁴², exclui-se tacitamente os homossexuais de tal possibilidade. Argumenta-se ainda, que o próprio constituinte somente dispõe sobre a união estável e o casamento heterossexual. Diz o artigo 226, §3º, da CF/88, *in verbis*:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.⁴³

O artigo não está limitando o casamento aos heterossexuais, em uma análise constitucional, afirma que tanto o homem como a mulher podem estabelecer vínculo conjugal. Nesse sentido, adverte Maria Berenice Dias:

não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também, entre os impedimentos para o casamento, não se encontra a diversidade de sexo do par. O que obstaculiza a realização do casamento é somente o preconceito.⁴⁴

Até mesmo por que, “a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade”. Pouco importa se a relação é heterossexual, “pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas” e esses valores devem ser protegidos. Pois cessar esse direito em virtude da orientação sexual da pessoa é limitar a sua dignidade, é obstacularizar o exercício da busca individual da felicidade⁴⁵

Assim, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, reveste a legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar.

⁴¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 nov.2010.

⁴² BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 nov.2010.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 nov.2010.

⁴⁴ DIAS. Op cit, 2007, p. 394-395.

⁴⁵ FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2008.

O fato é que o homossexualismo é uma realidade presente em diversos países. E o inciso IV, do artigo 3º da Constituição federal de 1988, proíbe qualquer discriminação sexual. “Mas de nada adianta assegurar respeito à dignidade humana, à liberdade. Pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos preconceitos ou qualquer forma de discriminação”. Pois, “enquanto houver segmentos-alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito”.⁴⁶

Ainda sobre a igualdade, ensina Luis Roberto Barroso:

Esse valor supremo é o valor da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e que constitui sua própria razão de ser. Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, se abduquem de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abducação se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo.⁴⁷

Ademais, o ordenamento jurídico não reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas também não veda a possibilidade de proteção das relações jurídicas e afetivas estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Logo, trata-se de uma lacuna do direito. Portanto,

Nessa vertente, que se faz necessário a aplicação dos mandamentos jurídicos inerentes ao Estado Democrático de Direito para promover julgamentos com novos esteios normativos e valorativos. Trata-se de uma regulação constitucional do direito civil. Nas lições de Ricardo Aronne:

A apreensão do sentido do sistema jurídico na resolução das controvérsias sociais e, portanto, rente à realidade social, com franco embasamento axiológico e principiológico, redirecionando a compreensão do direito civil contemporâneo, não fundamenta uma perda de racionalidade, e sim, aponta um novo patamar de racionalidade, imbricado com sua interpretação constitucionalizada, visível pela também contemporânea noção de sistema axiológico. Trata-se de um repensar ínsito voltado à própria teoria da normatividade, em face da regulação constitucional das relações interprivadas, como esteio axiológico que emoldura a sistematização interprivada, trazendo-lhe novos contornos valorativos, não impressos pelos conceitos, e sim, pela Lei Maior, que a fundamenta.⁴⁸

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. **As uniões homoafetivas frente a Constituição Federal**. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/as_uni%F5es_homoafetivas_frente_a_constitui%E7%E3o_federal_-_i.pdf>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A igualdade perante a lei**. *Revista de Direito Público* n. 78, pág. 68

⁴⁸ ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2006, pág. 40.

Dessa forma, as uniões homossexuais se vê protegidas pelo primado da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da isonomia, da liberdade, da não discriminação por sexo, da autodeterminação e da busca da felicidade.

Nesse sentido importante trazer a baila os ensinamentos do Min. Eros Roberto Grau:

a interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição⁴⁹

Quanto a Idéia de incompletude do sistema, os artigos 126 do Código de Processo Civil e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, disciplinam sobre a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito para colmatar as lacunas. É comum nesse sentido, o reconhecimento das uniões homoafetivas como sociedade de fato (nos termos do artigo 981 do Código Civil/02), entretanto, deve-se aplicar a melhor analogia do instituto jurídico, que seria a união estável. O que “seria um verdadeiro atentado contra os direitos humanos, pois estaria se reduzindo a relação entre dois seres humanos a efeitos, tão-somente, no espaço patrimonial”, repercute, apenas, no âmbito das relações obrigacionais.⁵⁰

Portanto, são diversas as fontes de direito que podem ser utilizadas para suprir a omissão do legislador. Nesse sentido, Pontes de Miranda leciona:

Para conhecer o Direito, só se tem procurado um caminho: senti-lo, acreditar em certa expansibilidade da regra jurídica, isto é, no poder de se estender por todo o espaço da vida social, como o ar se expande no espaço físico. A fim de se alcançar tal plenitude jurídica, tem o jurista de suprir as lacunas da lei escrita com o direito justo, decorrente de fontes legítimas.⁵¹

No Brasil, o legislador não reconhece tacitamente o casamento entre homossexuais, nem mesmo a união estável. “No âmbito do poder legislativo, o projeto mais recente sobre a união de pessoas do mesmo sexo foi encaminhado em 2009 por um conjunto de deputados liderados por José Genoíno (PT-SP) e ainda tramita na Câmara”. Tem-se, também, “a possibilidade de união civil poderia chegar também a partir de uma decisão do Supremo Tribunal federal - STF, que deve examinar uma

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 49.

⁵⁰ FARIAS; ROSENVALD. Op cit, 2008, p.395.

⁵¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1947, págs. 14.

série de ações nas quais se argumenta que negar o direito de união homossexual viola o princípio constitucional da igualdade”.⁵²

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, já tem decisões que caminham para o reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo:

Apartheid sexual. A segregação de homossexuais, restringindo-lhes direitos em razão de sua orientação sexual, é incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no primeiro artigo da Constituição Federal. A nova definição legal da família brasileira (Lei nº 11.340/2006) contempla os casais formados por pessoas do mesmo sexo, conforme antecipado pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, através do Provimento 06/04 – CGJ. Concepções religiosas de família não podem ser impostas através do Estado-juiz. No ordenamento jurídico brasileiro, porque vedada qualquer forma de discriminação, o casamento civil está disponível para todos, independentemente de sua orientação sexual. Ação julgada procedente, para reconhecer a família constituída pela autora e sua companheira, que conviveram em união estável por 25 anos.⁵³

De forma gradual, o a sociedade brasileira tem reconhecido o direito individual de cada um eleger a sua própria orientação sexual. Nesse sentido, os Tribunais mais progressistas de todo o Brasil têm decidido, pelo reconhecimento da família constituída pela união entre pessoas do mesmo sexo em face dos princípios constitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro:

Minas Gerais - DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. A Constituição da República, especificamente em seu art. 226, consagra uma concepção aberta de família, a qual deve ser apurada mediante as peculiaridades de cada caso concreto. Nesse campo, adotando-se uma interpretação sistemática, não se pode olvidar que o conceito de família expresso na Constituição encontra-se atrelado aos direitos e garantias fundamentais e, claro, ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, afigura-se inconcebível admitir que a Constituição tenha adotado determinados modelos familiares, em detrimento de outros, com base em determinados aspectos que não propriamente o afeto. Ademais, mormente por ser a concepção de família uma realidade sociológica, que transcende o Direito, não há como a restringir a formas pré-definidas ou modelos fechados, sendo, pois, absolutamente plural. Caracterizada a união estável há de ser concedido o benefício de pensão por morte pleiteado.⁵⁴

Rio Grande do Norte- Apelação. União homossexual. Reconhecimento de união estável. Apelo da sucessão. A união homossexual merece proteção jurídica, porquanto traz em sua essência o afeto entre dois seres humanos

⁵² ESPAÇO VITAL. **Senado da Argentina aprova casamento entre pessoas do mesmo sexo**. 15 de Julho de 2010. Disponível em: <www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19637>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Segunda Vara de Família e Sucessões. **Processo nº 1060178794-7**. Juiz Roberto Arriada Lorea. julgamento 07 jan.2008. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=4>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo nº 100240453158500011**. Relatora Maria Elza. julgamento 03 dez.2010. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>. Acesso em: 08 nov.2010.

com o intuito relacional. Seja como parceria civil (como reconhecida majoritariamente pela Sétima Câmara Cível) seja como união estável, uma vez presentes os pressupostos constitutivos, de rigor o reconhecimento de efeitos patrimoniais nas uniões homossexuais, em face dos princípios constitucionais vigentes, centrados na valorização do ser humano. Caso em que se reconhece as repercussões jurídicas, verificadas na união homossexual, em face do princípio da isonomia, são as mesmas que decorrem da união heterossexual.⁵⁵

São Paulo - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO HOMOAFETIVA "POST MORTEM" - Exceção de incompetência - Rejeição - Necessidade - Equiparação, por analogia e pelos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, à união estável prevista no art. 226, § 3º da CF/88 para fins de fixação da competência - Matéria afeta ao Juízo da Vara de Família - Decisão mantida - Recurso improvido.⁵⁶

Minas Gerais- Direito de Família - Ação de reconhecimento da união homoafetiva – Art. 226, § 3º, da CF/88 – União estável – Analogia – Observância dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana – Possibilidade jurídica do pedido – Verificação – Inexistindo na legislação lei específica sobre a união homoafetiva e seus efeitos civis, não há que se falar em análise isolada e restritiva do art. 226, § 3º, da CF/88, devendo-se utilizar, por analogia, o conceito de união estável disposto no art. 1.723 do Código Civil/2002, a ser aplicado em consonância com os princípios constitucionais da igualdade (art. 5º, caput e inc. I, da Carta Magna) e da dignidade humana (art. 1º, inc. III, c/c art. 5º, inc. X, todos da CF/88).⁵⁷

Rio de Janeiro - UNIAO ESTAVEL - DISPUTA ENTRE DUAS COMPANHEIRAS CONVIVENCIA PUBLICA DO EX-CASAL DEPENDENCIA ECONOMICA CONJUNTO PROBATORIO SUFICIENTE DIREITO DE EX-COMPANHEIRA DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. DEMANDA ENVOLVENDO MULHERES QUE SE QUALIFICAM COMO COMPANHEIRAS DO FALECIDO. CONJUNTO PROBATORIO FIDEDIGNO DA SITUAÇÃO FÁTICA. A união estável é situação jurídica reconhecida pela Constituição Federal (CF, 226, § 3º) e pela lei civil (CC, 1.723), de molde a preservar os direitos do casal que constituiu situação familiar consolidada no tempo e geradora de patrimônio comum. Tendo a união se prolongado no tempo, eventual comportamento infiel de um dos conviventes não é causa suficiente para o seu não reconhecimento, mormente quando o outro assume conduta que denota perdão ao outro, tendo sido padrinho do filho alheio, sem gerar abalo no relacionamento. Conjunto probatório forte e suficientemente claro para demonstrar a convivência duradoura com o objetivo de constituir família. Sentença correta. Conhecimento e desprovimento de ambos os recursos.⁵⁸

⁵⁵ BRASIL. Tribunal do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível nº 2010.002501- 0**. Desembargador Amaury Moura Sobrinho. julgamento 15 jul.2010. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Oitava Câmara Cível. **AG 994092787257**. Relator Alvaro Passos. julgamento 28 abr.2010. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>. Acesso em: 08 nov.2010

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.09.484555-9/001**. Desembargador Elias Camilo. julgamento 20 abr.2010. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0007054-63.2006.8.19.0208** (2009.001.62547). Desembargador Rogério de Oliveira Souza. julgamento 15 dez.2009. Disponível em:

Rio Grande do Sul - EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS. PROCEDÊNCIA. A Constituição Federal traz como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º, IV). Como direito e garantia fundamental, dispõe a CF que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5.º, caput). Consagrando princípios democráticos de direito, ela proíbe qualquer espécie de discriminação, inclusive quanto a sexo, sendo incabível, pois, discriminação quanto à união homossexual. Configurada verdadeira união estável entre a autora e a falecida, por vinte anos, deve ser mantida a sentença de procedência da ação, na esteira do voto vencido. Precedentes. Embargos infringentes acolhidos, por maioria.⁵⁹

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na verdade, essa é uma tendência mundial. Recentemente, a Argentina aprovou um reforma no Código Civil que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Foi o décimo país do Mundo, depois de Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal e Islândia e o primeiro país da América Latina, a reconhecer o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.⁶⁰

Na Europa, Portugal foi o sexto país a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tratando a homossexualidade como uma variante de esfera íntima e pessoal de cada um.⁶¹ Assim, dispõe o artigo 36, item 1 que: “todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.⁶²

Portanto, entendemos que o que obsta à concretização do casamento homossexual é somente o preconceito. No Brasil, a legislação se que requer uma alteração, mas

<www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarta Câmara Cível. **Embargos Infringentes nº 700308806038** (2009.001.62547). José Ataídes Siqueira Trindade. julgamento 14 ago.2009. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁶⁰ G1 MUNDO. **Após 14 horas de debate, Senado da Argentina aprova casamento gay. Projeto apoiado pela presidente Cristina Kirchner foi aprovado com 33 votos. Argentina é o primeiro país latino-americano a permitir o casamento gay.** 15 de julho de 2010. Disponível em: <g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁶¹ WIKIPÉDIA. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo.** Disponível em: <pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo>. Acesso em: 08 nov.2010.

⁶² DIÁRIO DA REPÚBLICA. **Lei Constitucional n.º 1/2004 de 24 de julho de 2004.** Disponível em <www.dre.pt/pdfgratis/2004/07/173A00.PDF#page=2> Acesso em: 08 nov.2010.

uma interpretação axiológica adequada aos anseios sociais para assegurar a efetivação dos direitos e garantias constitucionais. Pois que, não há nenhuma vedação legal.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e Teoria do Caos**. Porto Alegre, Livraria do Advogado: 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A igualdade perante a lei**. *Revista de Direito Público* n. 78.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 nov.2010.

_____. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de set. 1942**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657>>. Acesso em: 02 nov. 2010.

_____. **Emenda Constitucional nº 9, de 28 jun. 1977**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 29 out. 2010.

_____. **Lei 4.121, de 27 de ago. 1962**. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>. Acesso em: 29 out. 2010.

_____. **Lei 6.515, de 26 de dez. 1977**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm>>. Acesso em: 29 out. 2010.

_____. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 nov.2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Segunda Vara de Família e Sucessões. **Processo nº 1060178794-7**. Juiz Roberto Arriada Lorea. julgamento 07 jan.2008. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=4>. Acesso em: 08 nov.2010.

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Processo nº 100240453158500011**. Relatora Maria Elza. julgamento 03 dez.2010. Disponível em: <www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>. Acesso em: 08 nov.2010.

_____.Tribunal do Rio Grande do Norte. **Apelação Cível nº 2010.002501- 0**. Desembargador Amaury Moura Sobrinho. julgamento 15 jul.2010. Disponível em:

<www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>.
Acesso em: 08 nov.2010.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. Oitava Câmara Cível. **AG 994092787257**.
Relator Alvaro Passos. julgamento 28 abr.2010. Disponível em:
<www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>.
Acesso em: 08 nov.2010

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. Oitava Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.09.484555-9/001**. Desembargador Elias Camilo. julgamento 20 abr.2010.
Disponível em:
<www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>.
Acesso em: 08 nov.2010.

_____.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0007054-63.2006.8.19.0208** (2009.001.62547). Desembargador Rogério de Oliveira Souza. julgamento 15 dez.2009. Disponível em:
<www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>.
Acesso em: 08 nov.2010.

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Quarta Câmara Cível. **Embargos Infringentes nº 700308806038** (2009.001.62547). José Ataídes Siqueira Trindade. julgamento 14 ago.2009. Disponível em:
<www.direitohomoafetivo.com.br/JurisprudenciaList.php?idJurisAssunto=27>.
Acesso em: 08 nov.2010.

_____. **Lei 11.340, de 7 de ago. 2006**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 03 nov. 2010.

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

DIÁRIO DA REPÚBLICA. **Lei Constitucional n º1/2004 de 24 de julho de 2004**. Disponível em <www.dre.pt/pdfgratis/2004/07/173A00.PDF#page=2> Acesso em: 08 nov.2010.

ESPAÇO VITAL. **Senado da Argentina aprova casamento entre pessoas do mesmo sexo**. 15 de Julho de 2010. Disponível em:
<www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19637>. Acesso em: 08 nov.2010.

FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.**Direito das Famílias**. 4 ed. rev., atual e amp.Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2008

G1 MUNDO. **Após 14 horas de debate, Senado da Argentina aprova casamento gay. Projeto apoiado pela presidente Cristina Kirchner foi aprovado com 33 votos. Argentina é o primeiro país latino-americano a permitir o casamento gay**. 15 de julho de 2010. Disponível em: <g1.globo.com/mundo/noticia/2010/07/senado-da-argentina-aprova-o-casamento-gay.html>. Acesso em: 08 nov.2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. Volume I. São Paulo: Max Limonad, 1947.

WIKIPÉDIA. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <pt.wikipedia.org/wiki/Casamento_entre_pessoas_do_mesmosexo>. Acesso em: 08 nov.2010.