

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

DANIEL NUNES RAMOS

**ASPECTOS DESTACADOS DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA SOB
O PRISMA DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

**CRICIÚMA
2013**

DANIEL NUNES RAMOS

**ASPECTOS DESTACADOS DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA
SOB O PRISMA DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para obtenção do grau de
bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador(a): Prof. (a) Esp. Fabrizio
Guinzani.

**CRICIÚMA
2013**

DANIEL NUNES RAMOS

**ASPECTOS DESTACADOS DO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE FAMÍLIA
BRASILEIRO E A RELAÇÃO HOMOAFETIVA SOB O PRISMA DO DIREITO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para obtenção do grau de
bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Orientador(a): Prof. (a) Esp. Fabrizio
Guinzani.

CRICIÚMA, DEZEMBRO DE 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Fabrizio Guinzani – Especialista – Universidade do Extremo Sul
Catarinense -UNESC – Orientador

Prof. Mônica Abdel Al – Especialista - Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC

Prof. Marja Mariane Feuser - Universidade do Extremo Sul Catarinense –
UNESC

Aos meus pais, Alvenir e Ivanir, à minha irmã Danielle, e aos meus avós, Avelino e Perpétua, por toda dedicação e paciência despendidas, bem como por todo amor incondicional que me fora dado durante todos estes anos.

AGRADECIMENTOS

Penso que de todo o trabalho monográfico, esta é a melhor parte. Quando olhamos para trás e observamos a caminhada que fizemos, lembramos-nos de todas as pessoas queridas com as quais mantivemos vínculo, de todos os amigos que conquistamos, de cada lágrima que derramamos, de todo o esforço que tivemos que fazer para chegar ao final da graduação. Gostaria de agradecer a todas as pessoas que, com toda certeza mereceriam aqui serem lembradas, mas que enfim, por uma questão de incapacidade humana minha, talvez aqui não sejam relacionadas, mas com toda certeza, da minha memória, jamais apagadas. A todos àqueles que contribuíram para o meu crescimento como profissional e ser humano, desde já, meu muito obrigado.

Gostaria de agradecer especialmente meus pais, Alvenir Ramos e Ivanir Nunes Ramos por sempre terem acreditado no meu potencial e nele terem investido seus esforços, depositando as mais valiosas expectativas. Por todas as lições de vida que deles recebi, por todo carinho e por todos os puxões de orelha, meu muito obrigado. Tenho ciência que o maior agradecimento, para eles é me ver formado, feliz e atuando como um bom profissional. Amo-os e a eles é dedicado este trabalho, com o maior carinho e respeito do mundo. Aos meus queridos avós, meus exemplos de vida, Avelino Salustiano Nunes (in memoriam) e Perpétua Emerim Nunes, por seus exemplos e lições de retidão, respeito, honestidade, bem como por todo amor e apoio que, incondicionalmente deram ao seu neto primogênito, sem exigir nada em troca. Amo-os e os amarei para sempre, em especial ao meu avô, que hoje me guia e ilumina os passos, onde quer que ele esteja. Meu eterno exemplo e minha eterna gratidão. À minha irmã, Danielle Nunes Ramos, que pacientemente me ouviu e compreendeu em todos os momentos, em especial nas horas mais difíceis, que nos últimos anos esteve cada vez mais presente ao meu lado, dando-me toda força e apoio necessários para seguir à diante, obrigado! Me emociono ao escrever isso pois você me fez compreender que irmãos são mais que apenas irmãos, mais que até amigos. Sei que posso

contar contigo para tudo e gostaria que você soubesse que eu sempre estarei aqui. Dani, este trabalho também é seu, minha pequena e futura contadora!

Agradeço aos meus colegas e amigos do coração: Francielle Gonçalves Mina, que por mais longe que de mim tenha ficado nos últimos anos, em virtude de termos escolhido caminhos distintos na faculdade, sempre fora presente na memória e coração, desde o Ensino Médio. *Fram te amo nêga!* À Anna Paula Medeiros Baldessar, pelas conversas e desabafos a que sempre nos permitimos ter, pela cumplicidade, pelo companheirismo, a minha eterna companheira de trabalhos, provas, enfim, minha segunda irmã! Meu muito obrigado, por tudo! À Fátima Ilanna, pelos livros a mim confiados, pelo apoio, paciência e confiança! Meus sinceros agradecimentos. Obrigado também aos demais colegas de faculdade, que em muito contribuíram com o meu saber e que me receberam tão bem em suas vidas, permitindo compartilhar durante todos estes seis anos, nossas experiências de vida.

Aos professores Marcus Vinícius Almada Fernandes, e em especial ao meu orientador, Fabrizio Guinzani (e ao seu companheiro, Juliano Seberino Martins), meus mais sinceros agradecimentos pela paciência e dedicação com que sempre me atenderam e compreenderam, desde o início deste trabalho monográfico, até sua conclusão, bem como a todos os demais professores do Curso de Direito que despertaram em mim o desejo de ser um ser humano melhor, e um profissional condizente com aquilo que não apenas o mundo jurídico espera, mas com que a ética e o respeito às pessoas impõe. Obrigado a vocês por todo conhecimento, dedicação e empenho, pelas noites mal dormidas, pelas provas difíceis e pelos trabalhos intermináveis, sem com os quais certamente eu não estaria aqui hoje. Lembro-me do meu primeiro dia de aula dentro do Curso de Direito, acadêmico irregular, na 3ª fase, proveniente de um curso totalmente avesso à área das ciências humanas, e vos digo: a sensação de prazer e alegria com as quais eu ouvia o professor Sandro falar sobre Economia Política é a mesma que me vêm hoje à cabeça, ao final desta dissertação, e isso senhores me dá a certeza de que sem sobra de dúvidas escolhi a formação certa para seguir.

E, finalmente, e não por isso menos importante, agradeço a Deus, pois sei que ele está me guiando e abençoando em cada passo dado, em cada obstáculo vencido. Tenho certeza de que sem o aval dele, nada seria possível. Muito obrigado!

“Bom mesmo é ir à luta com determinação, abraçar a vida com paixão, perder com classe e vencer com ousadia, porque o mundo pertence a quem se atreve e a vida é muito para ser insignificante.”

“Vida”, de Augusto Branco.

RESUMO

O presente trabalho monográfico examinou o tema Aspectos Destacados do Conflito entre o Direito de Família Brasileiro e a Institucionalização da Relação Homoafetiva sob o Prisma do Direito Constitucional Contemporâneo. Considerando a ausência de previsão legislativa para a União Estável Homoafetiva e para o Casamento Homoafetivo, o objetivo do presente estudo fora analisar o Código Civil brasileiro à luz dos princípios constitucionais insculpidos na CRFB/88, com vistas a verificar se com as alterações legislativas promovidas em 2002, o mesmo prosseguiu válido ou não sob o aspecto material da lei, contemplando ou não a realidade social contemporânea. Demonstrou-se que a legislação infraconstitucional não acompanhou a regulamentação de tal direito em âmbito internacional e mesmo não recepcionou o entendimento do egrégio Supremo Tribunal Federal que reconheceu o direito da união homoafetiva. Com o vácuo legal coube ao Poder Judiciário se ocupar tanto de tomar decisões judiciais garantidoras de direitos fundamentais aos pares homoafetivos, as quais em tese caberiam apenas ao Poder Legislativo legislar. A pesquisa bibliográfica observou os princípios constitucionais, o reconhecimento do direito homoafetivo no MERCOSUL, os entendimentos contemporâneos dos mais renomados doutrinadores, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do direito de família e da relação entre pessoas do mesmo sexo e além é claro, da normatização mais recente do Conselho Nacional de Justiça sobre o assunto. Para a realização deste trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo, e os métodos de procedimento histórico, comparativo e bibliográfico. Ademais, para a confecção desta monografia, foi utilizado o tipo de pesquisa qualitativa, teórica, doutrinária e jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Família. Relação Homoafetiva, CRFB/88, Código Civil, Supremo Tribunal Federal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CRFB/88	Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
EC	Emenda Constitucional
inc.	inciso
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis
n.	número
p.	página
segs.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
vol.	volume
§	Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DESDOBRAMENTO HISTÓRICO	15
2.1 A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA, DO IMPÉRIO A REPÚBLICA	15
2.2 FAMÍLIA TRADICIONAL E CONTEMPORÂNEA - A CONCEITUAÇÃO E OS MODELOS FAMILIARES BRASILEIROS.....	22
2.3 A ACEITAÇÃO E O RECONHECIMENTO DO DIREITO HOMOAfetIVO NO MERCOSUL, NA AMÉRICA LATINA E NO MUNDO	27
2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES - CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	30
2.4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	33
2.4.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE OU DA NÃO-INTERVENÇÃO.....	35
2.4.3 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO	36
2.4.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR.....	37
2.4.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	38
2.4.6 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA.....	39
2.4.7 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR	40
2.4.8 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONSTITUIR UMA COMUNHÃO DE VIDA FAMILIAR	41
2.4.9 PRINCÍPIO DA CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR	42
3 OMISSÕES LEGISLATIVAS.	42
3.1 A REDAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SUA LIGAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO DE 1916.	42
3.2 UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: OMISSÕES LEGISLATIVAS.....	46
3.3 A RECEPÇÃO (OU NÃO) DOS ENTENDIMENTOS CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO DIREITO DE FAMÍLIA DO CÓDIGO CIVIL FRENTE ÀS NOVAS ASPIRAÇÕES CONSTITUCIONAIS E A NOVA REALIDADE SOCIAL.	49
4 A FALTA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO HOMOAfetIVO NA LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS.....	53
4.1 O NÃO RECONHECIMENTO LEGISLATIVO AO DIREITO HOMOAfetIVO COMO GARANTIA DO FIEL CUMPRIMENTO DO TEXTO CONSTITUCIONAL PÁTRIO.....	53
4.2 O DIREITO HOMOAfetIVO NÃO INSTITUCIONALIZADO NA LEGISLAÇÃO E RECONHECIDO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA: A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF - ADI Nº4277 e ADPF 132.....	56

4.3 O ENTENDIMENTO DO CNJ NA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO DO STF – ADI N. 4277 E ADPF 132.	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
6 REFERÊNCIAS.....	69
7 ANEXOS	73
ANEXO A – RESOLUÇÃO N. 175 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	

1 INTRODUÇÃO

É notório que o direito homoafetivo vem sendo tema de acalorados debates na sociedade brasileira nos últimos tempos. Com o desenvolvimento de uma sociedade globalizada, dinâmica e culta, rompeu-se com os antigos paradigmas valorativos que veneravam a família tradicional composta pelo homem, pela mulher e pelos filhos. Atualmente vê-se o pipocar dos mais variados matizes familiares, compostos por netos que moram com avós, filhos que moram sob a guarda apenas do genitor ou da genitora e, inclusive, das famílias compostas por pessoas do mesmo sexo.

No presente trabalho observar-se-á a aplicabilidade prática do atual texto civil, frente à realidade a que ele próprio se apresenta. Para tanto, far-se-á a sua (in) compatibilização com o texto da CRFB/88, observando se os princípios gerais de direito e específicos de família nela incrustados estão sendo ou não respeitados, conforme os ditames elencados pelo legislador constituinte originário, quando da promulgação do recente texto constitucional.

Há muito já se questiona a omissão do legislador constituinte derivado reformador em prosseguir com projetos de lei que sejam garantidores de direitos às pessoas que se relacionam com o mesmo sexo. O próprio Código Civil reformado em 2002 tramitou anos no Congresso Nacional, até que, por muito esforço e manobras políticas fora aprovado, sem, no entanto, abarcar muitas das novas realidades sociais familiares fáticas às quais o legislador constituinte derivado reformador se omitiu de legislar até a contemporaneidade, quer por preconceito, quer por receio de perder eleitores, ou ainda valores morais e religiosos e pessoais, quando não, pelos três motivos.

Enquanto que nos mais variados países do globo a questão da regulamentação civil da relação homoafetiva está sumulada ou no viés de sê-la, no Brasil parte do legislativo ainda acredita que para que se possa compor uma família é obrigatório haver a diversidade de sexo entre os cônjuges/companheiros, nos moldes do Estado paternalista e colonialista dos

séculos passados, sem, no entanto, observar que o que une duas pessoas sob o mesmo teto é na verdade o afeto.

Neste contexto, analisar-se-ão no primeiro capítulo deste trabalho os aspectos históricos que tratam da formação da família brasileira, desde o império até os idos republicanos, observando os aspectos peculiares da família tradicional e contemporânea, a atual conceituação do que seja o debatido instituto no ordenamento jurídico pátrio, e ainda, como está se dando o processo de aceitação e o reconhecimento do direito homoafetivo nos países do MERCOSUL, bem como quais são os princípios constitucionais e de família que nortearão o presente trabalho.

Em seguida, no segundo capítulo passar-se-á às omissões legislativas, apontando-se qual a ligação que há entre os Códigos Civis de 1916 e 2002, bem como das suas relações para com o recente ordenamento jurídico pátrio, promulgado em 1988, chegando-se até o debate acerca da recepção ou não dos entendimentos contemporâneos que versam a respeito do direito de família e do direito das sucessões constantes no atual Código Civil brasileiro, frente às novas aspirações constitucionais, analisando a realidade social que tem se apresentado nos últimos anos, conforme o entendimento de doutrinadores e juristas de renome.

Por fim, no terceiro capítulo observar-se-á o que aduzem alguns autores do direito de família brasileiro sobre o referido tema, bem como o entendimento jurisprudencial formado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Conselho Nacional de Justiça.

2 DESDOBRAMENTO HISTÓRICO

2.1 A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA, DO IMPÉRIO A REPÚBLICA.

O que se conhece por família hoje é fruto de diversas transformações históricas vividas por este instituto ao longo dos tempos. A família brasileira, desde seus primórdios coloniais e em especial, nas últimas décadas, sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado Social, no decorrer do século XX (LÔBO, 2004).

Com vistas a delimitar o campo de estudo jurídico, considerar-se-á como período histórico a ser analisado àquele que, a partir da chegada dos colonizadores no Brasil iniciou a formação da população brasileira tal qual como se encontra na atualidade, tudo sob o prisma dos institutos do direito de família e da sua evolução ao longo dos tempos. Não se discorrerá a respeito da existência de demais grupos étnico-familiares preexistentes à chegada dos europeus, o que, obviamente não significa negá-los. Estes, entretanto, são objeto de estudo distinto do qual se pretende aqui examinar, carecendo, por óbvio de estudo mais aprofundado.

Partindo das origens, na terra de Vera Cruz a influência no direito de família foi, a princípio, exclusiva dos dispositivos canônicos. Somente após sessenta anos contados do início da colonização, precisamente em 1564 é que Portugal tornou obrigatórias em suas terras, aqui incluso as colônias e dessa forma, o Brasil, todo o normativo do Concílio de Trento relativo ao casamento (SIQUEIRA, 2010).

Neste sentido, Rizzardo (2011, p.7) leciona que:

É fora de dúvida que o nosso direito de família teve ampla influencia do direito canônico, o que se justifica pela própria tradição do povo brasileiro, formado, inicialmente, de colonizadores lusos. Dada a cultura religiosa inspirada no catolicismo, que impregnou todas as formações étnicas que aqui aportaram, é natural a grande influência daquele direito em nosso ordenamento.

Estas normas foram introduzidas através das Ordenações Filipinas e vigoraram até a promulgação do Código Civil de 1916. Desse modo observa-se que é nítida a influência do direito canônico na formação dos valores brasileiros, bem como na constituição dos vínculos familiares e, sobretudo, na adoção de políticas públicas e soluções legislativas, ao longo de toda história brasileira. No entender de Rizzardo (2011, p. 7) “as Ordenações Filipinas foram a principal fonte, mas já traziam elas a influência do direito canônico que atingiu, assim, o direito pátrio”.

O número de católicos era bem elevado e o casamento celebrado pelo rito eclesiástico era comumente o mais praticado (SIQUEIRA, 2010). Neste sentido, a própria constituição registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais, no Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824, encomendada por Dom Pedro I ignorou o casamento civil, permitindo que as demais famílias fossem instituídas livremente, importando-se apenas com a família imperial, conforme se extrai de excerto BRASIL (1824) abaixo:

CAPITULO III.

Da Familia Imperial, e sua Dotação.

Art. 105. O Herdeiro presumptivo do Imperio terá o Titulo de "Principe Imperial" e o seu Primogenito o de "Principe do Grão Pará" todos os mais terão o de "Principes". O tratamento do Herdeiro presumptivo será o de "Alteza Imperial" e o mesmo será o do Principe do Grão Pará: os outros Principes terão o Tratamento de Alteza.

Art. 106.0 Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

Art. 107. A Assembléa Geral, logo que o Imperador succeder no Imperio, lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondentemente ao decoro de Sua Alta Dignidade.

Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permitem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação.

Art. 109. A Assembléa assignará tambem alimentos ao Principe Imperial, e aos demais Principes, desde que nascerem. Os alimentos

dados aos Principes cessarão sómente, quando elles sahirem para fóra do Imperio.

Art. 110. Os Mestres dos Principes serão da escolha, e nomeação do Imperador, e a Assembléa lhes designará os Ordenados, que deverão ser pagos pelo Thesouro Nacional.

Art. 111. Na primeira Sessão de cada Legislatura, a Camara dos Deputados exigirá dos Mestres uma conta do estado do adiantamento dos seus Augustos Discipulos.

Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos.

Art. 113. Aos Principes, que se casarem, e forem residir fóra do Imperio, se entregará por uma vez sómente uma quantia determinada pela Assembléa, com o que cessarão os alimentos, que percebiam.

Art. 114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial.

Art. 115. Os Palacios, e Terrenos Nacionaes, possuidos actualmente pelo Senhor D. Pedro I, ficarão sempre pertencendo a Seus Successores; e a Nação cuidará nas aquisições, e construcções, que julgar convenientes para a decencia, e recreio do Imperador, e sua Familia.

Até o ano de 1861, a Igreja Católica foi a detentora e a disciplinadora exclusiva dos direitos versados sobre o instituto do matrimonio. Entretanto, a influências dos países protestantes e de seus imigrantes em terras brasileiras, provocaram algumas mudanças neste campo, que, começaram a ocorrer principalmente com o aumento dos cidadãos não católicos. Precisamente em 11 de setembro deste mesmo ano, foi publicada a Lei n. 1.144, conferindo efeitos civis ao casamento religioso realizado por outras religiões que não apenas a católica (SIQUEIRA, 2010).

Neste sentido, Carraro (2013) afirma que:

Com o advento da Independência do Brasil em 1822, o país necessitava de legislação própria. O Brasil precisava crescer, expandir. Para isso, o país viu-se obrigado a recorrer à imigração, que trouxe um choque cultural muito grande entre os que aqui aportaram e aos brasileiros. As uniões advindas destes relacionamentos não encontravam guarida nas leis eclesiásticas e, por isso, eram marginalizadas. Com a Lei no 1.144, de 11 de setembro de 1861, houve a permissão para o casamento de pessoas não católicas. O enlace deveria ser celebrado segundo o ritual

religioso professado pelos nubentes.[...] Para tanto, criou-se um registro estatal para atender à situação dos não católicos.

Esta lei só foi regulamentada pelo Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863. Entretanto, passo efetivamente dado, depois da Lei 1.144/1861, para a instituição do casamento civil no Brasil, foi a Lei nº 1.829, de 09 de setembro de 1870, que estabeleceu o registro civil das pessoas naturais, retirando-o das mãos da Igreja, dispensando desta forma, os votos religiosos, mudança esta que fez com que a Igreja perdesse parte de seu poder e, ao mesmo tempo, rumasse ao surgimento do casamento civil (SIQUEIRA, 2010).

Apesar de a Constituição de 1824 não ter feito qualquer referência à família, que não apenas a real portuguesa, a de 1890, com a proclamação da República separou os poderes religiosos e estatais, dando ao Estado o caráter laico. Com a edição do Decreto n. 181, de 1890, introduziu-se no Brasil o casamento civil. Por conseguinte, retirou-se do casamento exclusivamente religioso qualquer valor jurídico. Conforme se extrai de doutrina, leciona Rizzardo (2011, p. 19) que “na constituição outorgada de 1890, apareceu pela primeira vez a referência ao casamento. No art. 72, § 4º, dizia-se: “A República só reconhece o casamento civil, que precederá sempre as cerimônias de qualquer culto”.

Esta mudança abrupta no âmbito jurídico da época causou furor na sociedade, visto que a Igreja, mesmo estando desligada do Estado, ainda formava opinião, ao passo que, por não concordar com a diminuição do seu poderio, disseminou entre os seus fiéis a ideia de que a união civil era uma heresia, um pecado (SIQUEIRA, 2010).

Deste modo a constituição republicana de 1891, com vistas a amenizar tal situação “consolidou tal disposição, sem referir à precedência do casamento civil à cerimônia religiosa”, no entender de Rizzardo (2011, p.19).

Conforme afirma Siqueira (2010, p.01), o casamento civil se manteve como a única forma de constituição legítima da família até 1937, haja

vista que neste ano, a constituição se voltou para o casamento religioso, afirmando que poderiam ser atribuídos efeitos civis à referida união, norma que foi mantida na Constituição de 1946.

Algumas leis ordinárias foram editadas para amparar situações fáticas de evidente injustiça e acabaram, paulatinamente, abrandando a rigidez dos dispositivos elencados no Código Civil de 1916. Contudo, até a CRFB/88, não obstante a legislação infraconstitucional ter sido alterada pelos legisladores pátrios, conforme mencionado, estes, identificaram no casamento a única forma de constituição da família, negando efeitos jurídicos à realidade de um país onde boa parte das uniões era formada sem o crivo do casamento. Para desnudar tal entendimento, leciona Maria Berenice Dias (2006, p.30) que:

O mundo de hoje não mais comporta uma visão idealizada de família. Mudou o conceito de família. A sociedade concede a todos o direito de buscar a felicidade, independente dos vínculos afetivos que estabeleçam. É ilusória a ideia de eternidade do casamento.

No contexto atual, o casamento deixou de ser o bem jurídico maior a ser tutelado, passando a ser dever do Estado assegurar proteção à família, independente de sua forma de constituição, bem como zelar pela dignidade da pessoa e o direito de igualdade perante seus pares, na forma do que prevê a CRFB/88. Não se negou a importância da família para o estado, até porque esta continua sendo a base da sociedade. O fato é que agora ela independe do casamento para ganhar legitimidade. Os Direitos Fundamentais alicerçados no princípio constitucionais, em especial o da Dignidade da Pessoa Humana, são as principais alterações sofridas pelo Direito de Família contemporâneo. Tais princípios, tutelados pela CRFB/88, trazem uma reflexão acerca da formação familiar moldada na afetividade e felicidade, como bem material mais importante. (TEPENDINO, 2008).

Posteriormente à CRFB/88, fora editada a Lei 9.278/96 que dispõe a respeito do reconhecimento como entidade familiar da figura da união estável entre homem e mulher, estabelecida com o fim de constituir família.

O que se pretendeu com o reconhecimento da união estável não foi equipará-la ao casamento, mas sim amparar situações fáticas existentes, garantindo a estas o mínimo de legalidade. Entretanto, não obstante a legalização, ao que se verifica, o legislador afastou a união estável do direito das obrigações, talvez como forma de ainda proteger as uniões apresentadas sob o formato do casamento convencional, talvez resquícios dos vínculos que ligaram no passado, Igreja e Estado. O atual Código Civil estabeleceu que o conceito de família passou a abranger as unidades familiares formadas por casamento, união estável ou comunidade de qualquer genitor e descendente, enquanto que, no código de 1916, a família legítima era aquela formada pelo casamento formal (SIQUEIRA, 2010).

Esta nova legislação estabeleceu que o casamento é a comunhão plena de vida, com direitos iguais para os cônjuges, obedecendo a regra constitucional segundo a qual os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Ao passo que a legislação revogada dispunha que o objetivo do casamento era constituir família, o novo código considera o casamento apenas uma das formas de constituição da família, conforme se verifica:

Código Civil de 1916:

Art. 229. Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos.

Código Civil de 2002:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

E ainda:

Art. 1.723. 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.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Observa-se que no plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei. A família patriarcal que a legislação brasileira tomou como modelo desde o período colonial, passou pelo Império e boa parte do século XX, entrando em crise no final, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos pela Constituição de 1988 (LÔBO, 2004).

Entretanto, não obstante a evolução trazida pela nova carta, alguns valores já positivados no Código Civil de 1916 não deixaram de permeá-lo até sua reforma em 2002, e outros tantos ainda permaneceram nele, incrustados, contrariando os novos ideais de cidadania e igualdade, aspirados pela população brasileira, no final da Ditadura Militar. Neste sentido, conforme afirma Rizzardo (2011, p.3) “lembra-se que a expressão ‘pátrio poder’ passou para ‘poder familiar’ na nomenclatura do Código Civil de 2002” e isso somente após 14 anos contados da vigência do novo ordenamento pátrio, apesar de o mesmo trazer expresso no bojo da redação do seu artigo 5º, inciso I, a igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher, reafirmando-a, no direito de família em seu artigo 226, parágrafo 5º.

Não obstante, como a crise é sempre a perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual perdeu seus laços vinculativos com a antiga legislação e hoje se encontra fundamentada no paradigma da *afetividade*. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (LÔBO, 2004)

Corroborando tais premissas, leciona Dias, (2011, p. 98) que:

O direito das famílias ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de profunda transformação. Basta lembrar que o princípio da igualdade ocasionou verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Foi derogada toda a

legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pela existência ou não de vínculo conjugal entre os pais.

Direitos novos surgiram e estão a surgir e não apenas aqueles exercidos pela família como um todo, mas ainda pelos seus membros, quer face ao Estado, a sociedade e demais pessoas ou mesmo entre seus pares, em todas as situações em que a CRFB/88 e a legislação infraconstitucional tratam da família, direta ou indiretamente, como peculiar sujeito de direitos ou deveres. (LÔBO, 2004)

Ainda elucida Maria Berenice Dias (2011, p.99) que:

[...] independentemente da celebração do casamento, houve a inserção de um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros. [...]. Nesta nova paisagem, não mais se distingue a família pela existência do matrimônio, solenidade que deixou de ser o único traço diferenciador para a sua conceituação.

Fundada em bases que aparentemente possam ser consideradas frágeis, a família atual passou a ter a proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade, o que as torna cada vez mais fortes e resguardadas, restando esta proteção como um princípio universalmente aceito e adotado nas constituições da maioria dos países do globo, independentemente do sistema político ou ideológico.

2.2 FAMILIA TRADICIONAL E CONTEMPORANEA - A CONCEITUAÇÃO E OS MODELOS FAMILIARES BRASILEIROS

No Direito Romano o termo *família* representava a agregação de pessoas colocadas sob o mesmo poder familiar, este centralizado na figura do homem, autoridade que ditava ordens à mulher, filhos, netos, bisnetos e a todos que a ele estavam sujeitados. Outra estrutura de família igualmente conhecida era a *communi jure*, formada pela união de pessoas pelo laço de parentesco civil do pai, sem considerar a descendência. Esta mesma

autoridade regia a família e os escravos, alcançando posição de notável grandeza na sociedade da época. No Direito Grego a organização social familiar era basicamente a mesma dos romanos. A família grega era disciplinada por direito não escrito, igualmente centralizada na figura do ancestral mais velho, chefe da família, o qual era investido de poderes absolutos e sacerdotais, responsável pela manutenção da sua unidade, dos seus bens e da conservação da religião doméstica. (RIZZARDO, 2011)

Quando se pensa em família ainda se traz a mente esta figura do modelo convencional familiar, pautado na união entre um homem e uma mulher, casados e cercados de filhos. Para este entendimento observa-se a família, segundo PEREIRA (2006, p. 19) genética e biologicamente como

o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura romana Gens ou da grega Genos, do que da família propriamente dita.

Ocorre que a evolução dos direitos e a mutação dos valores sociais fez florescer um rol de famílias diversificado, plural, de modo que este não é mais o único perfil da família brasileira. Atualmente o conceito de família ganhou corpo e o alargamento conceitual das relações interpessoais acabou refletindo diretamente no entendimento do que venha a ser este círculo social (DIAS, 2006).

ABULQUERQUE FILHO (2001, apud DIAS, 2006, p.37) afirma que “[...] rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento”, mudando profundamente sua conceituação. A consagração da igualdade, e o reconhecimento da existência de outras estruturas familiares de convívio bem como a liberdade e se reconhecer os filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

Nesta direção aponta o entendimento de Maria Berenice Dias (2011, p. 106), que afirma que no Brasil:

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como um divisor de águas para o Direito das Famílias. Além de reconhecer a família como base da sociedade, concedendo-lhe a especial atenção do Estado, emprestou juridicidade não só ao casamento mas também aos relacionamentos sacralizados pelo matrimônio, bem como o convívio intergeracional, ou seja, entre um dos pais e seus filhos. Com a inserção no conceito de entidade familiar, da união estável e do vínculo monoparental, rompeu-se com a posição excessivamente privilegiada do casamento como base de formação e proteção da família.

A reforma do Código Civil colocou a cargo dos pais o exercício do *Poder Familiar*, antes gerido pelo homem e denominado apenas como *Poder Pátrio*. Pela CRFB/88 a mulher equiparou-se ao homem quanto aos direitos e deveres exercidos por ambos nas relações matrimoniais, que por óbvia e sucinta análise nos faz refletir que a sociedade mudou e continua se reinventando, principalmente sobre o núcleo na qual fora construída, este denominado *família*. Na concepção moderna de família observa-se a substituição da organização autocrática pela orientação democrático-efetiva, na qual se substituiu o princípio da autoridade pelo princípio da compreensão e do amor. (PEREIRA, 2006)

Neste entendimento Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 28) leciona que:

Há uma nova concepção de família que se constrói em nossos dias. Fala-se na sua desagregação e no seu desprestígio. Fala-se na crise da família. Não há tal. Um mundo diferente imprime feição moderna à família. Não obstante certas resistências e embora se extingam os privilégios nobiliárquicos, a família ainda concede prestígio social e econômico, cultivando os seus membros certo orgulho por integrá-la. Recebe inequívoca proteção do Estado, que intervém cada vez mais e na medida em que os poderes privados declinam.

A família foi gradativamente evoluindo, sofrendo grandes mutações ao longo da história. Nesta acepção há que se ressaltar que ocorreu grande

mudança no que tange à época em que vigia o Código Civil de 1916 e o advento do Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída exclusivamente pelo casamento, por meio de um modelo patriarcal hierarquizado, ao passo que enfoque moderno pelo qual se pode identificá-la indica novos elementos que compõem as relações familiares, dos quais se podem destacar os vínculos afetivos que norteiam a sua constituição. A família é, portanto, uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social; sem sombra de dúvidas trata-se de instituição necessária e sagrada para desenvolvimento da sociedade como um todo, instituição esta merecedora de ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2013).

Neste entender é que surgiu uma conceituação doutrinária que promoveu o alargamento do conceito de família. Prossegue referido autor (2013, p. 35) aduzindo neste sentido que:

Acrescente-se, por fim, que há, na doutrina, uma tendência de ampliar o conceito de família, para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal. Fala-se, assim, em:

- a) Família Matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente da união estável;
- c) Família Monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos;
- e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo;
- f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.

Desta forma nasce o que a doutrinadora Maria Berenice Dias batizou de “Direito Homoafetivo”, ou na melhor das definições, a *Família Homoafetiva*. Segundo ela as regras sociais vigentes em cada tempo incitam e permitem determinados tipos de relações e censuram outras, condenando à clandestinidade tudo aquilo que transgredir o modelo convencional entendido como o correto. Conforme seu pensar, o conceito de família tornou-se maior. A redação do *caput* do art. 226 da CRFB/88, segundo Dias (2011, p.107):

[...] operou a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Além da relação matrimonializada, alberga tanto a união estável como o vínculo de um dos pais com seus filhos, que passou a ser chamada de família monoparental. Portanto, para a configuração de uma entidade familiar, não mais é exigida, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, a prática sexual – chamada pela feia expressão “débito conjugal” – e nem a capacidade reprodutiva. A evolução científica, principalmente na área da biociência, acabou influenciando no próprio comportamento das pessoas e se refletiu na estrutura familiar.

Apesar do silêncio operante no Código Civil que entrou em vigor no ano de 2003, a CRFB/88 nada impõe sobre a diversidade de sexo aos noivos como condição para a constituição de vínculo familiar ou mesmo para o casamento. Entre os impedimentos para casar, a título de exemplo, não há qualquer impedimento para casar que se relacione diretamente com o sexo dos nubentes, ao passo que nem mesmo a identidade de sexos implica em sua nulidade e nem na anulabilidade do casamento. Maria Berenice Dias (2011, p. 113-114) afirma que se mencionarmos ainda as três referências do Código Civil a homem e mulher observa-se que não há condicionamento do casamento à heterossexualidade do casal, conforme se observa a seguir:

[...] Art. 1.514. 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.

[...] Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

[...] Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Nesta interpretação da doutrinadora, portanto, verifica-se que nenhum dos dispositivos acima elencados afirma que o casamento é exclusividade dos casais heterossexuais. Os artigos supracitados só afirmam aquilo que o legislador quis dizer na literalidade das palavras: que tanto o homem, quanto a mulher precisam ter 16 anos, que o casamento só se celebra com a manifestação de vontade tanto do homem, quanto da mulher e que ao se consorciarem, tanto o homem, quanto a mulher, assumem pelo casamento,

os encargos da família, independentemente se ela é heteroafetiva ou homoafetiva.

O direito de família, na lição de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 17), “*é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculados durante a sua existência*”, segundo pelo qual salienta o autor que esse laço não se subordina necessariamente a família tradicional, mas também àquela constituída pela figura da união estável, na qual aqui podemos incluir também a homoafetiva.

2.3 A ACEITAÇÃO E O RECONHECIMENTO DO DIREITO HOMOAFETIVO NO MERCOSUL, NA AMÉRICA LATINA E NO MUNDO.

Em se tratando do reconhecimento e da aceitação da relação homoafetiva é sabido que nos países de população de origem anglo-saxônica, muito daquilo que no Brasil ainda se discute, naqueles países já se tem entendimento favorável, quando não legislação própria regulamentando o tema. O movimento pela legalização de casamentos homoafetivos não é novo. Na América Latina já legalizaram os casamentos homoafetivos Argentina, Uruguai e México (em dois estados). Fora os latinos, África do Sul, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha, França, Holanda, Islândia, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Suécia, assim como seis estados dos Estados Unidos da América já aprovaram nos seus parlamentos o casamento homoafetivo. Neste sentido, DIAS (2011, p. 58) afirma que:

A Dinamarca foi o primeiro país a reconhecer a homossexualidade permitindo aos casais homossexuais o registro da união civil e estendendo-lhes os mesmos direitos dos parceiros heterossexuais, inclusive a troca do nome. A união civil existia na Holanda desde o ano 1998, conferindo direito à saúde, à educação, e aos benefícios trabalhistas iguais aos dos heterossexuais. A partir do ano 2001, tornou-se possível o casamento. Em agosto de 1993, foi a vez na Noruega [...] Na Suécia a legalização veio em 1994 [...] No ano de 1996, Islândia, Hungria e Groelândia aprovaram leis que concedem à União Homossexual os mesmos direitos das pessoas casadas. A parceria homossexual foi reconhecida legalmente na Finlândia (2001) [...] A Alemanha (2002) [...] O Reino Unido desde 2001 [...]

Deste panorama, observa-se que há uma tendência à tolerância relacionada com a aceitação da relação homoafetiva em âmbito mundial. Entretanto, conforme exposto acima, nos Países do MERCOSUL apenas a Argentina e o Uruguai legalizaram tais uniões, fato este que não faz do Mercado Comum do Sul uma via avessa ao tema. A Argentina legalizou estas relações no dia 15 de julho de 2010, fato este que a tornou o primeiro país em toda a América Latina e, obviamente, do MERCOSUL, a autorizar o casamento entre pares do mesmo sexo. Agora casais homossexuais têm os mesmos direitos que os casais heterossexuais e ainda podem adotar crianças. No Uruguai a legalização chegou em 10 de abril de 2013, fazendo deste o segundo país latino-americano a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não obstante nos últimos seis anos já vir legislando sobre o tema, conforme se extrai de noticiário, veiculado na internet no portal G1 (2013).

No Brasil o silêncio é politicamente conveniente, haja vista que não obriga o legislador a demonstrar aos seus eleitores sua opinião quanto ao tema. Maria Berenice Dias afirma que tal silêncio chega a ser constrangedor. Segundo ela, (2011, p.60) “tramita no Congresso Nacional o projeto de lei 1.151/1995, regulamentando a parceria civil entre os pares do mesmo sexo. Este, todavia, encontra-se emperrado sem qualquer chance de ser aprovado”.

Afirma ainda a doutrinadora que:

[...] aliás, trata-se de legislação que já se encontra defasada, pois os direitos que pretendia assegurar não mais correspondem aos anseios da comunidade LGBT, sendo que a Justiça já confere direitos de maior amplitude. A única referência legal que existe é a feita pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que define família como uma relação íntima de afeto independente da orientação sexual.

Alguns avanços recentes no âmbito do reconhecimento dão conta que talvez ainda se leve algum tempo para que o legislador brasileiro tome partido dos anseios da comunidade LGBT. As uniões homoafetivas, por não terem qualquer tipo de reconhecimento legislativo ainda dão margem a manifestações de repúdio, ódio e rejeição imotivados. Gays, lésbicas, travestis e transexuais acabam tendo que ocultar sua orientação sexual para manterem

seus empregos, serem aceitos pelos familiares e não se sujeitarem a ataques e agressões de toda monta. Crimes contra homossexuais ou contra quem simplesmente parece ser homossexual são constantes, diários. Dias, (2011, p.77) afirma que “por isso, muitos Estados vêm promovendo emendas as respectivas Constituições e inúmeros municípios estão alterando suas leis orgânicas para coibir discriminações por orientação sexual.”

Segundo a própria doutrinadora citada, muito do que até aqui se conquistou fora feito a base de muita movimentação social da população LGBT, da inserção no país dos Programas Nacionais de Direitos Humanos I, II e III, da realização de conferências nacionais, da criação e regulamentação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, órgão deliberativo e consultivo integra a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, cuja finalidade precípua é a de formular políticas públicas, em âmbito nacional, voltadas ao combate da discriminação e à promoção dos direitos LGBT, além de manifestações públicas e movimentações de órgãos de classe como a Ordem dos Advogados do Brasil, que criou as Comissões de Diversidade Sexual em todo país, visando capacitar os profissionais do direito para atuar neste novo ramo.

No Brasil, as últimas e recentes movimentações de significativo avanço, são, primeiramente a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro que em 5 de maio de 2011, por unanimidade, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, assegurando a ela os mesmos direitos e deveres da união heterossexual, dispondo de eficácia contra todos e efeito vinculante e, ainda, a recente decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que aprovou em 14 de maio de 2013 uma resolução que obrigou os cartórios de todo o Brasil a celebrar o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em casamento, visando dar efetividade à decisão tomada em maio de 2011 pelo Supremo que deu direitos ampliados aos casais homoafetivos. (DIAS, 2011)

2.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES - CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DE FAMÍLIA

Toda ciência tem suas bases fundadas em preceitos cernes, estes, sustentáculos de toda disciplina a que se dedica estudo. E com o direito não é diferente. Não é de hoje que os princípios gerais do direito instigam inúmeros cientistas jurídicos ao estudo exaustivo. Bonavides (2006. P. 255) leciona a respeito destes que “a idéia de princípio deriva da linguagem geométrica, onde designa as verdades primeiras [...]”, sendo que estes, os princípios, são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade (BONAVIDES apud PICAZO, 2006).

A análise destes se revela de grande importância para os diversos ramos do direito, cuja teorização importa na compreensão das normas, bem como do funcionamento político, filosófico e econômico do estado contemporâneo ao qual o próprio direito está intimamente ligado. Bonavides, (2006. P. 258), em seu curso de direito constitucional é enfático ao afirmar que:

a importância do assunto é fundamental, ocupando cada vez mais a atenção e o interesse dos juristas. Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo. [...]. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.

Não por outros motivos que não a relevância do tema em questão, que o estudo dos princípios traz à baila debates relacionados com sua origem, estrutura, funções e fundamentos no ordenamento jurídico. Neste sentido, há que se dar destaque ainda para o embate que há na doutrina acerca da normatividade dos princípios e seus aspectos diferenciadores em relação às regras jurídicas, além dos mecanismos disponibilizados pelo sistema para o saneamento e resolução de eventual conflito entre os mesmos. Analisando a estrutura das normas de direito fundamentais, Alexy (2008, p. 85), em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, afirma que:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais [...]

Importa ainda salientar que, conforme o próprio o autor “as normas de direitos fundamentais são não raro caracterizadas como “princípios.

A juridicidade destes princípios, no direito se delinea por três fases distintas. São elas a Jusnaturalista – 1ª geração ou dimensão, a Positivista – 2ª geração ou dimensão e a Pós-positivista, 3ª geração ou dimensão (BONAVIDES, 2006). Pelo jusnaturalismo o autor (2006, p. 260) elucida que os princípios ainda se encontram “na esfera por inteiro e abstrata e sai normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”

Segundo ainda o referido doutrinador, o jusnaturalismo concebe os princípios de direito por meio de axiomas jurídicos, ou normas estabelecidas pela reta razão, sendo assim normas universais, pelo que BONAVIDES apud FLÓREZ-VALDÉS (2006, p. 261) denomina de “um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana”.

A segunda fase de teorização dos princípios, no entendimento do ilustre doutrinador, é a juspositivista, esta a qual trouxe a inserção dos princípios já nos códigos como fonte normativa subsidiária, de forma a garantir agora a eficácia da aplicação da lei. Os princípios no positivismo, com efeito, trabalham como se fossem uma válvula de segurança, vez que das leis foram extraídos, de modo a não se sobrepor à normatividade das regras, mas sim para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.

BOBBIO, apud BONAVIDES (2006, p. 264) afirma que este autor congregou os princípios em cinco categorias principais, primeiro:

os princípios gerais são pura e simplesmente normas gerais, segundo, são normas fundamentais ou normas de base ou travesmestras, como se tem dito metaforicamente, na acepção de que sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações e vida de uma determinada sociedade; terceiro, são normas diretivas ou princípios gerais; quarto, são normas indefinidas, e quinto são normas indiretas.

Seguindo esta linha de raciocínio, chegamos então ao que Paulo Bonavides afirma ser o pós positivismo, terceira fase que corresponde aos grandes momentos constituintes do século passado. Nesta fase, BONAVIDES (2006, p. 264), afirma que:

as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que este autor congregou os princípios convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Prossegue o autor afirmando que o pós-positivismo veio consagrar os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. (BONAVIDES, 2006)

Ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração BONAVIDES (2006, p.569), cita os seguintes termos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Acerca do estudo dos princípios de direito constitucional e direito de família, serão elencados, a seguir, alguns tais como o Princípio da Dignidade

da Pessoa Humana (art. 1º, III, CRFB/88), Princípio da Liberdade ou da Não-Intervenção (art. 1513 do Código Civil brasileiro), Princípio da Não Discriminação, Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3º, I, CRFB/88), Princípio da Afetividade, Princípio da Função Social da Família, Princípio do Pluralismo Familiar, Princípio da Liberdade de Constituir uma Comunhão de Vida Familiar e o Princípio da Consagração do Poder Familiar.

2.4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está inserido dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, na CRFB/88, precisamente no art. 1º, III. Tal princípio é considerado como fundamental, servindo de base para todos os demais direitos do homem e do cidadão, estabelecidos como direitos e garantias fundamentais – e direitos e deveres individuais e coletivos – estabelecidos no art. 5º e incisos do mesmo diploma legal. Desse modo, o mesmo tem o condão de assegurar a aplicação dos direitos basilares estabelecidos pelo texto constitucional, como o direito à vida, à saúde, à integridade física, à honra, à liberdade física e psicológica, nome, imagem, intimidade, propriedade, e a razoável duração do processo e meios garantidores da celeridade processual e outros (LUNA, 2013).

Neste sentido, elucida a mestre que,

como pessoa humana, tem-se a criatura, o homem ou mulher, enfim, o ser humano, e como tal, em seu caráter de ser espiritual como valor em si mesmo, segundo o valor dado aos homens, pelo cristianismo, que os igualou, e, assim, reservando-lhe a dignidade de tratamento e consideração, tão só por essa característica. A consagração dos direitos do homem, como pessoa humana, e assim, devendo sua dignidade ser respeitada, remonta há muito, a uma luta de séculos, como se viu no desenrolar da história, a qual culminou na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que teve aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas datada de 10 de dezembro de 1948, e que foi buscar suas origens, seu fundamento, na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, de 26 de agosto de 1789 – decorrente da Revolução Francesa - bem como, em passado mais recente, após as conseqüências da grande guerra mundial, ante as atrocidades da mesma, após os episódios bárbaros dos regimes fascista e nazista. Sendo tal princípio, desde então, inserido em inúmeros textos constitucionais, passando o ser humano, a figurar como o ponto principal do Direito e do Estado, posto que no Estado Absoluto, o

mesmo se dava em razão da propriedade; consolidando-se assim, o primado do homem (LUNA, 2013).

Observa-se assim que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento precípua da CRFB/88, devendo ser obrigatoriamente respeitado em todas as relações jurídicas, quer privadas, quer públicas, nas quais se incluem aqui as relações regidas pelo direito de família. (LISBOA, 2002).

Com efeito, nota-se que a Dignidade da Pessoa Humana é o bem maior do ordenamento jurídico brasileiro, posto que fora introduzida por nossa Carta Política e Jurídica como cláusula pétrea, no inciso III do seu artigo 1º, de sorte que cabe aos legisladores brasileiros criar mecanismos de proteção a fim de que não se concretize qualquer tipo de infração a tal princípio fundamental. Sobre tal princípio, SARLET apud SANTOS, (2013, p. 131) aduz que:

Consagrado, expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

O mesmo entendimento tem Tependino (2002, p. 27-28):

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Com isso, consolidando tal entendimento verifica-se que tal cláusula tem que reger todas e quaisquer relações jurídicas de quaisquer ramos do direito pátrio que sejam reguladas pela legislação infraconstitucional, inclusive o próprio direito de família, vez que, segundo VENOSA (2005, p. 26) “é um ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”, de modo que por tal princípio constitucional se observa que há uma enorme lacuna no Código Civil brasileiro que ainda não preenchida pelo constituinte derivado, no que tange ao resguardo dos direitos dos pares homoafetivos, ora garantidos pelo princípio a que se faz menção explícita no art. 1º, III, CRFB/88, vez que o texto civil, apesar de ter sido reformulado em 2002, prosseguiu sem tutelar o direito das novas relações familiares, estranhas à redação que lhe fora dada em 1916.

2.4.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE OU DA NÃO-INTERVENÇÃO

Conforme se depreende análise do art. 1.513 do Código Civil brasileiro, verifica-se que o princípio da liberdade ou da não-intervenção, tem por definição legal que é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família, sendo tal interferência uma proteção do legislador originário ao instituto do direito de família, no qual ninguém, pessoa jurídica ou física, pode interferir (TARTUCE, 2013).

Faz-se mister salientar que, segundo o autor, o princípio em apreço mantém-se intimamente ligado ao Princípio das Autonomia Privada, que também deve, segundo ele, existir no âmbito do Direito de Família. A respeito deste princípio, SARMENTO apud TARTUCE (2013, P.02) o define como “o poder que a pessoa tem de auto-regulamentar os próprios interesses”, como por exemplo, o de escolher com quem namorar, com quem constituir família, ter filhos, etc.

2.4.3 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Nelson Joaquim (2013), em seu artigo intitulado “Igualdade e Discriminação” faz a distinção entre os termos preconceito, racismo, estereótipo e discriminação, pelo qual conceitua que o primeiro como o pré-julgamento de uma pessoa com base em estereótipos sociais, completando ao afirmar que o mesmo se localiza na seara da consciência afetiva dos indivíduos e, que ele, por si só não fere direitos, muito embora possa vir a violar normas do bom senso e da afetividade. O segundo termo (racismo), para o autor é uma doutrina que defende a existência de hierarquia entre grupos humanos, pelos quais uma raça superior poderia dominar uma inferior, o que para ele é um equívoco, haja vista que não há como definir uma “raça” pura, superior, considerando pois, que o que voga no mundo são as mais variadas culturas, de valores diversos.

O terceiro ítem, o estereótipo, segundo seu entendimento deve ser:

claramente distinguido do preconceito, pois pertence à categoria das convicções, ou seja, de um fato estabelecido. Uma vez “carimbados” os membros de determinado grupo como possuidores deste ou daquele “atributo”, as pessoas deixam de avaliar os membros desses grupos pelas suas reais qualidades e passam a julgá-los pelo carimbo. Exemplo: todo judeu é sovina; todo português é burro; todo negro é ladrão; toda mulher não sabe dirigir. (JOAQUIM, 2013)

Para o referido autor, a discriminação, por sua vez, diferentemente do preconceito depende de uma ação ou omissão que resulta em violação de direitos com base no sexo, na idade, raça, estado civil, deficiência física ou mental, opção religiosa e outros, aqui incluída a orientação sexual. A CRFB/88 elasteceu o rol de medidas proibitivas às práticas discriminatórias no país.

Neste sentido, Silva (2003, p. 222) leciona que:

A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proibi-se, também, a

diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI).

Nesta acepção, observa-se aqui que o direito dos pares homoafetivos a não discriminação encontra respaldo na redação do art. 3º, IV, CRFB/88.

2.4.4 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade está elencado na CRFB/88 como um de seus fundamentos, precisamente no art. 3º, I. Para Paulo Lôbo (2013, p. 01) a solidariedade familiar se define como aquela que *“compreende a solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. O lar é por excelência um lugar de colaboração, de cooperação, de assistência, de cuidado.”*

Para a Maria Berenice Dias, o princípio da solidariedade familiar se baseia exatamente no entendimento comum da palavra, compreendendo a reciprocidade e a fraternidade do seio familiar pelo qual todos os membros de uma família estão unidos. Ainda, segundo a jurista, este princípio se vincula aos laços afetivos. (DIAS, 2009).

Segundo LISBOA, (2002, p. 47) tal princípio decorre do princípio da solidariedade social (artigo 3º, inciso, I, da CRFB) e pode ser observado sob dois ângulos distintos: interno e externo. Analisando externamente, pode-se inferir que cabe tanto à sociedade civil quanto ao Poder Público, a promoção de políticas públicas que asseverem o atendimento às necessidades familiares das pessoas que são hipossuficientes. Pelo aspecto interno, percebe-se que cada membro componente de um determinado grupo familiar tem a obrigação de trabalhar em comum com os seus para que os outros membros da família obtenham o mínimo necessário para o seu completo desenvolvimento biopsíquico.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2013, p. 01) coaduna entendimento aduzindo que:

Assim, podemos afirmar que o princípio da solidariedade é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado liberal e individualista em Estado democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou. É a superação do individualismo jurídico pela função social dos direitos.

Concluindo seu pensamento, ele ainda elucida que:

A solidariedade instiga a compreensão da família brasileira contemporânea, que rompeu os grilhões dos poderes despóticos – do poder marital e do poder paterno, especialmente – e se vê em estado de perplexidade para lidar com a liberdade conquistada. Porém, a liberdade não significa destruição dos vínculos e laços familiares, mas reconstrução sob novas bases. Daí a importância do papel da solidariedade, que une os membros da família de modo democrático e não autoritário, pela co-responsabilidade.

Neste sentido, por óbvias considerações, observa-se que esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, vez que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

2.4.5 PRINCIPIO DA AFETIVIDADE

O princípio da afetividade tem suas bases fundadas principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, posto que este é a base comum do respeito entre os seres humanos e suas especificidades. É, portanto, um princípio que norteia as relações familiares, bem como a solidariedade familiar.

Conforme entendimento de Maria Helena Diniz, referido princípio nos faz a entender que o fundamento básico do casamento e da vida conjugal em si é a afeição, a afetividade, o sentimento recíproco de amor comum entre os cônjuges e a necessidade de que este laço afetivo que seja longo e duradouro, e, se possível, que perdure. (DINIZ, 2008).

2.4.6 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

O Princípio da função social da família encontra respaldo no que tange à redação do art. 226, *caput*, da CRFB/88, que dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. Assim, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade.

A ideia de função social como instrumento advém da própria etimologia do termo função. Em latim, a palavra *functio* derivava do verbo *fungor* (*functus* sem, *fungi*), cujo significado remete a cumprir algo, desempenhar uma determinada tarefa ou dever, finalidade, ou, como o termo propriamente sugere - funcionalizar (ALMEIDA, 2007).

Importante destacar, ainda, que a função social, seja classificada como for, opera como instrumento para que o jurista interprete e aplique o Direito segundo valores éticos e sociais, dada a função social que o próprio Direito (representado pelo juiz, advogado, etc.) deve desempenhar, ao acompanhar as transformações ocorridas no seio da sociedade, ainda mais quando se vislumbra que a função social é comando determinado pela Constituição Federal. A função social da família constitui, assim, via de mão dupla: volta-se para o próprio Estado, destinatário da norma constitucional, bem como também o são os pais ou responsáveis pelas crianças e filhos no âmbito da família (ALMEIDA, 2007).

O princípio da função social da família deriva, portanto, dos princípios fundamentais da República, e, acima de tudo, do princípio da dignidade da pessoa humana, “é um parâmetro que eleva alguns direitos elencados entre os arts. 226 a 230 à categoria de fundamentais, principalmente quando envolvem direitos das crianças e dos adolescentes [...]” (GAMA; GUERRA, 2007).

Durante o transcorrer da história a família passou por uma transição na sua função social, que englobou funções como a educacional, assistencial, e outras, sendo a finalidade dessa instituição apenas a de sobrevivência genética. O instituto de direito de família atualmente já não mais possui esse rol

extenso de funções, concentrando-se atualmente apenas as funções biológica e afetiva (SILVA, 2007).

Nesse entendimento, as entidades familiares presentes não servem apenas para que seus membros prestem entre si, assistência para fins patrimoniais, mas, e principalmente, para dar efetividade à função social da família, que é a de trabalhar como unidade central na formação do corpo social.

No tocante à mútua assistência afetiva da própria união homoafetiva, por óbvia analogia, observa-se que é certa a presença do elemento volitivo e psíquico idêntico àquele da união heterossexual, que une duas pessoas sob o crivo do desejo de comungar de uma vida a dois. Logo, o questionamento que se deve fazer não incide sobre o porquê de se conferir à união homoafetiva status familiar, mas sobre porque de não conferi-lo, nos moldes do que apregoam os princípios constitucionais pátrios.

Em suma, não reconhecer função social à família (e aqui incluso a família homoafetiva) e a interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade (TARTUCE, 2013).

2.4.7 PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

Por este princípio observamos as várias formas de constituição de um seio familiar, pelo qual seu núcleo pode ser constituído não apenas pelo casamento tradicional que se opera no Código Civil brasileiro, ou ainda pela figura da União estável, mas também outras maneiras, que não apenas estas. Coadunando entendimento exposto, Dias (2009, p. 66) afirma que “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

Neste sentido, observa-se que tanto a sociedade quanto a própria família vivem em constante mutação, fato este o que nos faz questionar o que

é a família, buscando um novo conceito, leis e princípios que possam dirimir acerca do tema e encarar a realidade social, tal qual ela realmente é.

Se observarmos as transformações ocorridas no seio do próprio direito familiar pátrio, notaremos que, no princípio, a única forma de se constituir família se dava por meio do matrimônio. Com as mudanças sociais, culturais e econômicas pelas quais a sociedade foi passando, novas formações familiares foram surgindo, momento em que se verificou a necessidade de se legislar sobre tais situações, a fim de que as mesmas não ficassem à margem da legalidade. Neste ponto passou-se a reconhecer à união estável como entidade familiar. Atualmente o direito civil pátrio vigente não mais abarca as formações familiares existentes, de modo que novas adequações se fazem necessárias. (DIAS, 2009)

Desse modo, observamos que este princípio traz à baila uma gama de diversas entidades familiares, algumas reconhecidas pelo direito vigente, outras não, aqui não excluídas ainda às famílias monoparentais, na qual um membro da família seja ele o pai ou a mãe convive sozinho com seu filho.

2.4.8 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE CONSTITUIR UMA COMUNHÃO DE VIDA FAMILIAR

Ao dedicarmos estudo a este princípio, observamos que o mesmo se refere à amplitude e liberdade que as pessoas têm para constituir ou não uma comunhão familiar. Este se difere do princípio do pluralismo familiar, cuja essência versa a respeito das modalidades de constituição e não da possibilidade e do desejo de querer ou não constituir uma família.

Maria Helena Diniz (2008, p. 27) em seus estudos aduz que:

o princípio da liberdade refere-se ao livre poder de formar comunhão de vida, a livre decisão do casal no planejamento familiar, a livre escolha do regime matrimonial de bens, a livre aquisição e administração do poder familiar, bem como a livre opção pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole.

No que tange ao princípio da liberdade de constituir comunhão familiar plena de vida, pode-se inferir, portanto, conforme entendimento da autora citada que tal princípio se refere à livre iniciativa das pessoas de constituir família, de as coordenar da melhor forma que lhes aprouver, sendo expressamente vedado ao Estado qualquer intervenção no que tange à sua forma de constituição, cabendo ao mesmo única e exclusivamente o fornecimento de meios educacionais e científicos a fim de proporcionar e salvaguardar tal direito.

2.4.9 PRINCÍPIO DA CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR

O Poder Familiar, que até pouco tempo era chamado de pátrio poder, com o advento do Código Civil de 2002, passou a ter novas significância jurídica e aplicação prática. O “pater familias”, o exercício absoluto do poder marital passou a ficar de lado com a ascensão social da mulher na sociedade. Atualmente a legislação civil não mais faz distinção quanto o poder de gerenciar a família, entre o homem e a mulher, cabendo a ambos tal tarefa, conforme leitura dos artigos 1.630 a 1.638 do referido diploma.

Diniz (2008, p.23), referenciando o tema leciona que “o princípio da consagração do poder familiar, substituindo o marital e o paterno, no seio da família, é atualmente considerado poder-dever de dirigir família e exercido conjuntamente por ambos os genitores”. Com efeito, constata-se que este princípio direciona o poder-dever aos pais, quanto à direção da família.

3 OMISSÕES LEGISLATIVAS.

3.1 A REDAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E SUA LIGAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO DE 1916.

Rodrigo Alves da Silva (2013, p. 01) O Código Civil de 1916, a exemplo de todas as demais legislações elaboradas nos idos do final do século

XIX, trouxe em suas bases os influxos da sociedade da época, fiel à tradição romano-germânica, que não apenas refletia a tendência aos códigos, mas que trazia em si, os valores liberais, individualistas e materialistas próprios do período, afinal, imperava - com todo vigor - a noção de Estado liberal, minimalista. No código civil de 1916, em especial às disposições que originariamente nortearam o Direito de Família deixam claro o quanto o legislador se preocupou apenas com os aspectos patrimoniais, relegando importância ao que atualmente consideramos como aspectos de maior importância jurídica, como as pertinentes à pessoa dos cônjuges, ao seu estado civil, aos seus direitos e obrigações e outras.

Neste sentido o referido autor, aduz que:

A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2.002 – atual Código Civil – cumpriu um ano de *vacatio legis* e tramitou pelo Congresso Nacional por quase trinta anos. Sua função foi suceder à arcaica base principiológica do Código Civil de 1.916, criado para uma sociedade ainda com traços coloniais, monárquicos e paternalistas, essencialmente agrária e rural, numa época em que a população ainda era quase totalmente analfabeta. As mudanças sociais trazidas pelo decorrer dos anos exigiram uma nova codificação, que teve como mentor o professor Miguel Reale. O Código Civil de 2.002 conta com 2.046 artigos e é sistematizado dentro da concepção germânica, contendo Parte Geral e Parte Especial. Inova em diversos pontos, tais como: valoriza o ser (inclui tratamento ao Direito da Personalidade, por exemplo) em detrimento do ter (como se sucedia no Código Civil de 1916, em que havia poderes quase ilimitados à liberdade de contratar e à inexistência da função social da propriedade, hoje determinada na nova codificação e na Carta Magna); inclusão do Direito de Empresa no novo Código Civil¹⁰¹ (Unificação do Direito das Obrigações), revogando-se a primeira parte do obsoleto Código Comercial de 1850; inauguração de nova base principiológica, assentada na Eticidade, Operabilidade e Socialidade; preservação da divisão metodológica do Código Civil em Parte Geral e Parte Especial.

Segundo DIAS (2011, p. 98) no texto civil anterior ao que temos em vigência, o divórcio não era concebido, e sequer as uniões estáveis concebidas fora dos matizes tradicionais do casamento, reconhecidas como entidade familiar, reconhecidamente merecedora de respeito e atenção do Estado. O casamento era gerido sob a égide do patriarcado e entre o homem e a mulher não havia isonomia, trazida à baila apenas com a positivação de direitos

sociais promulgados no texto constitucional de 1988. A relação dos pais com os filhos se dava exclusivamente pela consanguinidade, ao passo que o aspecto afetivo de tais relações, sequer considerados.

Ao referenciar a respeito do tema, a doutrinadora elucida que:

O direito das famílias, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. Basta lembrar que o que existiam no campo das relações familiares. Foi derrogada toda legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pela existência ou não de vínculo conjugal entre os pais. (DIAS, 2011, p. 98)

Outro ponto que há que se considerar é o da igualdade entre os filhos, aqueles concebidos dentro e fora da relação matrimonializada pela figura do casamento, implementada apenas com a constitucionalização do direito civil pátrio, em 2002, com a reforma do texto civil de 1916. Segundo a autora acima citada, dava-se demasiada atenção ao filhos, principalmente quanto ao direito sucessório do antigo modelo patrimonialista do século XIX. Em suma o casamento era um negócio jurídico ligado ao agrupamento de bens que no seu âmago, desconhecia a figura da afetividade que liga as pessoas por razões imateriais.

DIAS, (2011, p.103) afirma que:

No início do século passado, a família tinha uma estrutura extensiva, formando uma comunidade rural, verdadeira unidade de produção integrada por todos os parentes e alguns agregados. Tratava-se de entidade patrimonializada, identificando-se em seus membros como força de trabalho. O crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos, havendo amplo incentivo à procriação. O homem era a figura central. Em face da necessidade de um dirigente a vontade do homem identificava o querer do grupo. Daí ser ele o “cabeça do casal”, o chefe da sociedade conjugal e o administrador dos bens da mulher. A família tinha um perfil Matrimonial, patrimonializado, patriarcal, hierárquico, verticalizado e heterossexual.

Prosseguindo ela assevera que na codificação civil de 1916 tínhamos a propriedade como direito absoluto. Tampouco se vislumbrávamos

direitos difusos e coletivos. A função social da propriedade, instituída com a CRFB/88 e institucionalizada com o advento do código reformulado, nem de longe era cogitada. Com os avanços sociais, econômicos e políticos pelos quais nosso país passou nas últimas décadas, os operadores do direito começaram a fazer uma releitura da legislação pátria, com vistas a atualizar e promover o atendimento de suas finalidades, bem como para mantê-lo o mais “aproveitável”, no transcorrer do tempo. O advento da CRFB/88 introduziu o estado social, abandonando o minimalismo do sistema vigente à época da redação do código civil de 1916. O legislador constituinte não pode fazer vistas grossas às transformações e anseios sociais da época.

Complementando tal assertiva, Arnaldo Wald (2009, p. 88), em sua obra *Direito Civil - Introdução e Parte Geral*, afirma que com as mudanças estruturais que ocorreram na sociedade ao longo dos anos uma nova codificação no âmbito civil fez-se necessária. O anteprojeto de Código das Obrigações idealizado nos idos de 1940 já preconizava os rumos de nossa legislação civil iria tomar. Em seguida, foi elaborado o Projeto de Código Civil de autoria de Orlando Gomes, em 1965, que, após ser revisto, foi encaminhado ao Congresso Nacional. O mesmo, devido á críticas recebidas, bem como da evolução política do país, acabou abandonado. Em 1969, o jurista Miguel Reale fora convidado para coordenar a Comissão que teria a missão de elaborar um novo diploma legal. Em 1972 um anteprojeto fora publicado e em 1974 republicado, passando a constituir o projeto n. 634/75, o qual fora discutido durante trinta anos no Congresso Nacional até tornar-se o atual Código Civil.

Ocorre que, segundo SILVA (2013, p.04) o fato de ter tramitado nas casas legislativas deste país há quase trinta anos fez com que durante este período várias novas situações jurídicas ficassem fora do rol daquelas que o projeto de meados de 1970 resguardava e reconhecia. Observa-se que se opera atualmente uma legislação que repercute os valores reconhecidos há quase 50 anos. Muita coisa mudou na sociedade brasileira nestes últimos anos e com toda certeza, sequer foram contempladas com a redação dada em 2002 pelo código civil Realeano.

Segundo ele, a reforma do código civil finalmente implementada em 2002 trouxe sim inúmeras inovações, porém deixou várias lacunas legislativas ainda em aberto, não contemplando os valores de uma sociedade moderna e que aspira novos anseios e novas realidades, aqui em especial a do Direito Homoafetivo, que em 2002 já poderia muito bem ter sido tratada, conforme os ditames do estado social presentes em nossa carta política de 1988.

3.2 UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A REFORMA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002: OMISSÕES LEGISLATIVAS.

Como se observa, a morosidade legislativa do Congresso Nacional pode não ter mitigado a grandiosidade do projeto de Reale, porém os 30 anos de tramitação do mesmo nas duas casas legislativas trouxe ao direito civil pátrio, figuras já bem conhecidas dos brasileiros, há pelo menos 24 anos. Boa parte daquilo que se inovou no texto civil de 2002 já fora promulgado muito antes com as normas programáticas insculpidas na própria constituição de 1988.

O doutrinador Geraldo de Oliveira Santos Neves (2003, p.121) afirma neste sentido que:

A doutrina, os manuais didáticos e a jurisprudência estão familiarizados com o novo Direito de Família, de modo que as muitas alterações (em relação ao Código anterior) que os arts. 1.511 a 1.783 do novo Código estão a apresentar não os espantarão. É que tudo já estava na Constituição de 1988, a partir da qual já se vinha falando em “novo Direito de Família”.

Observa-se, segundo o autor que a nova realidade constitucional instaurada no país a partir de 1988 trouxe elementos que o projeto inicial do Código reformado, se contentou a apenas repetir, quando não, calar. Alguns princípios da nossa carta magna não foram observados pelo legislador reformador ao conceber um novo texto civil (que frisa-se ter tramitado por trinta anos no Congresso Nacional) a que se pretendeu cunhar de “novo”, mas que em muito, deixou a desejar.

As omissões legislativas vogam a respeito do direito à isonomia entre homens e/ou mulheres na União Estável e no Casamento e aqui, a União Estável Homoafetiva e o Casamento Homoafetivo. No entender de Maria Berenice Dias, pelos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Isonomia, todo homem e/ou mulher tem direito de ser respeitado em suas escolhas, bem como de receber o mesmo tratamento jurídico estando na mesma situação fática, e isso está positivado no art. 5º do texto constitucional, na parte que trata do direito às garantias individuais. Ocorre que em uma de suas mudanças, o Código Civil de 2002 não fora feliz, e muito menos mesmo isonômico, posto que o legislador derivado, não respeitando os princípios supracitados, deu para duas entidades familiares semelhantes, tratamento jurídico distinto, preconceituoso e ainda baseado no modelo matrimonial, patrimonializado, patriarcal, hierárquico e heterossexual adotado no texto da carta civil de 1916 (DIAS, 2011).

Neste sentido, PEREIRA, apud DIAS (2011, p.115), afirma que :

Ninguém mais duvida que o afeto é o principal elemento identificador do núcleo familiar. Embora o princípio da afetividade ainda não esteja previsto de modo expresso na Constituição, lá está de forma não expressa, nos outros princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade entre os filhos, adoção como escolha afetiva, união estável, proteção à família monoparental. Nada mais do que a presença do afeto em cada núcleo familiar. Na concepção atual do conceito de entidade família, o seu elemento constitutivo é o amor, baseado numa comunhão de vida e de interesses. Assim, constituir família significa ter união pública, contínua e duradoura. Aliás, a Lei Maria da Penha, ao definir família como uma relação íntima de afeto independentemente da orientação sexual, acabou por identificá-la no conceito de entidade familiar.

Maria Berenice Dias, afirma que ao analisarmos a história brasileira do reconhecimento da pluralidade como valor jurídico, notaremos que não obstante todo apelo social por uma readequação do direito que o tornasse condizente com a realidade fática, as transformações legislativas tem ocorrido de forma vagarosa, por meio de uma simbiose entre o moderno e o arcaico. A negligência e o preconceito dos congressistas são imensos e não representam os valores e as bases principiológicas do estado constituinte brasileiro. Ao

passo que houve o surgimento da CRFB/88 trazendo a supremacia dos princípios e valores à ordem jurídica, a legislação infraconstitucional vem sucumbindo às ideologias preconceituosas que ainda se prestam a estabelecer distinções entre as famílias da união estável e do casamento. (DIAS, 2011)

Neste entendimento a doutrinadora (2011, p. 114-115) elucida que:

Ninguém, nem o poder Judiciário e nem a administração pública pode deixar de reconhecer que, se duas pessoas passam a ter vida em comum, de forma pública, contínua e duradoura, cumprindo os deveres de assistência mútua, com o objetivo de constituir um lar, esse vínculo, independentemente do sexo do casal, gera direitos e obrigações que não podem ficar à margem da lei. De há muito não mais se vive o formalismo positivista, que admitia ser legal o que a lei ou a Constituição expressamente reconheciam. Não é fator decisivo o fato de a Constituição fazer menção apenas à união entre homem e mulher como entidade familiar. É certo que a união entre pessoas do mesmo sexo não está regulamentada, contudo, isso não significa que esteja vedada. Tudo aquilo que não é proibido por lei é, permitido.

Concluindo seu pensamento ela prossegue afirmando que é frustrante o fato de que o novo Código Civil fez referência ao concubinato, como forma de, exclusivamente, restringir os direitos dos companheiros, na redação do seu art. 1727. É sabido que em nossa sociedade ocorrem situações nas quais as pessoas vivem relações afetivas sem preencher as condições para o casamento, e, em alguns casos, vivendo duas relações estáveis concomitantemente. Nesta linha de raciocínio, é lamentável que se tenha que eleger uma das relações como merecedora de proteção jurídica, tendo que simplesmente descartar a existência dos efeitos da outra, como se nela não houvesse o afeto como princípio norteador da relação. (DIAS, 2011)

Rolf Madaleno (2004, p.809), complementando estas premissas afirma que entre estas e outras preconceituosas disposições do texto cível, travestidas de uma pseudo-moralidade, encontramos a figura da conversão da união estável em casamento. É simplesmente inadmissível que ocorra a exclusão do companheiro da ordem de vocação hereditária no direito sucessório e ainda, a irresponsável incúria do legislador na proteção do patrimônio adquirido na constância da união, quando não faz a exigência de outorga do convivente para alienação dos bens do casal. Esta última

disposição se revela na mais leviana e produz uma insegurança jurídica que sem sombra de dúvidas, afeta a entidade familiar.

O doutrinador, nesta acepção entende que é:

Curiosa desigualdade, pois a outorga no casamento é condição de validade do negócio jurídico, e na união estável não há similar cautela, deslocando-se a discussão para a área da indenização por perdas e danos, capaz de gerar com sua procedência o ressarcimento em dinheiro, ou a compensação com outro bem, só sendo cogitada a anulação da venda se restar demonstrada a má-fé do terceiro comprador, por haver atuado no cenário fraudulento como testa de ferro do convivente vendedor. No casamento, o negócio sequer se consolida sem o consentimento do cônjuge, enquanto na união estável a mera omissão da existência da convivência pelo vendedor, e desconhecendo o comprador a união estável, convalida a venda em detrimento do parceiro ludibriado pela ligeireza de seu convivente em se desfazer do imóvel. (MADALENO, 2004)

Referente à sociedade de fato e a de direito, Maria Berenice Dias complementa, no sentido de que é notório que o legislador sente repúdio ao manejar questões encharcadas de preconceito. Segundo ela, no Brasil, nem a Constituição e nem a lei tomam conhecimento da homossexualidade, não aprovando ou punindo as relações homoafetivas. Dessa forma, acabou-se impondo a tais relações o mesmo calvário percorrido pelo concubinato antes da constitucionalização dos vínculos afetivos heterossexuais extramatrimoniais, que foram denominados de União Estável (DIAS, 2011).

3.3 A RECEPÇÃO (OU NÃO) DOS ENTENDIMENTOS CONTEMPORÂNEOS ACERCA DO DIREITO DE FAMÍLIA DO CÓDIGO CIVIL FRENTE ÀS NOVAS ASPIRAÇÕES CONSTITUCIONAIS E A NOVA REALIDADE SOCIAL.

Segundo Daniela Mendonça de Melo (2009, p. 01), ordenamento jurídico brasileiro funciona de forma escalonada, piramidal. Acima das leis ordinárias, dos decretos e portarias temos a CRFB/88. Ela é o guia e fundamento de todas as demais leis e para tanto, estas devem respeitar o texto constitucional para serem consideradas vigentes e permanecerem válidas.

Conforme se verifica na Lei nº 9882, de 03.12.1999, após alteração promovida no art. 102, §1º, da CRFB/88, por meio da EC n. 3, para se observar a recepção (ou não) das leis infraconstucionais, frente o novo ordenamento jurídico, faz-se necessária a análise pelo tribunal competente, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de ação própria, a ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Geralmente os juristas já tem entendimento uníssono quanto à recepção ou não do texto da lei. Porém a mesma necessidade de análise pelo STF para ser considerada em desconformidade com a nova ordem constitucional. A materialidade do diploma legal em análise depende muito da sua compatibilidade com a nova redação da constituição, devendo o mesmo estar materialmente conforme a Constituição. (DA CUNHA, 2009)

Segundo o autor acima citado, como guardião da Constituição e de sua relação com a ordem infraconstitucional o STF é o tribunal responsável pela edição de súmulas e julgamento das ações que versem sobre matéria constitucional. Do mesmo modo ocorre caso alguma lei tenha questionada a sua validade, sua recepção ou não com a CRFB/88. São os ministros que compõem esse tribunal que dirão se a lei está ou não materialmente de acordo com o que prevê os novos princípios constitucionais.

Desse modo, o fenômeno da recepção constitucional se perfectibiliza quando se é editada uma nova Constituição e as normas infraconstitucionais pré-existentes passam por uma análise de adequação e convalidação com o texto constitucional ora, desta forma segundo Dirley Junior da Cunha (2009, p. 259) “Essa recepção fará com que as normas compatíveis com a nova ordem constitucional sejam incorporadas ao novo parâmetro constitucional”.

MENDES (2008, p. 257) afirma que:

Por isso se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor. Diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que

corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição.

Como se torna impraticável a edição de novas leis pela altíssima demanda de tempo, faz-se essa recepção (ou não-recepção) de acordo com os novos parâmetros constitucionais para que, reconhecida pretérita e automaticamente a conformidade das leis perante sua redação, continuem a ter vigência. Neste aspecto, o doutrinador Dirley da Cunha Junior (2009, p. 258) enfatiza que:

Com a revogação da Constituição anterior, o Direito infraconstitucional existente a época e que dela extraia o seu fundamento de validade, pode se deparar de duas situações: ser recepcionado pela nova Constituição, ou caso contrário, ser revogado por ela.

Assim, as leis recepcionadas passam a ter validade perante a nova ordem jurídica, ao passo que as que não estejam de acordo com os novos preceitos constitucionais, são automaticamente revogadas. Neste sentido, elucida TAVARES (2002, p. 152) que: “assim, toda norma que fosse incompatível com o novel Documento Supremo seria, imediatamente, eliminada, servindo a Constituição como uma espécie de filtro”.

Neste viés, se observarmos o código civil que entrou em vigência em 2003, após reforma realizada em 2002, conclui-se que o mesmo não tratou das uniões de pessoas do mesmo sexo, nem no livro de Direito de Família e nem no das Sucessões. No entendimento de DIAS (2011. P. 117) o Código Civil, “limitou-se a reproduzir o conceito de união estável constante na legislação anterior”, fazendo referência à Lei 9.278/1996, que disciplinou o § 3º do art. 226 da CRFB/88, e, conseqüentemente, ao Código Civil de 1916.

Segundo a doutrinadora supracitada, nossa legislação civil, apesar de reformada em 2002 continua silente quanto ao direito dos pares homoafetivos de constituir uma família e de ter os mesmos direitos que são inerentes aos casais heterossexuais. Muito embora a CRFB/88 não faça menção explícita a tais uniões, e, conforme já afirmado anteriormente, não há

proibições que prossigam legitimando a esta omissão do legislador, justificada por preconceitos históricos e formais da própria lei.

Neste sentido DIAS (2011, p.118) é enfática ao prelecionar que:

Quando da edição do Código Civil, já havia inúmeros julgados assegurando direitos vários a quem tem orientação homossexual ou mantém relacionamento homoafetivo. Assim, de todo descabido a edição de lei que deixa de prever o que a jurisprudência já consagrava. Nada, absolutamente nada, pode autorizar o silêncio da lei, que sequer atentou ao que vinha decidindo a Justiça. Alguns direitos já eram assegurados, como a divisão do patrimônio, evitando assim o enriquecimento injustificado. Mas nem tão singela garantia foi respeitada. A omissão infringe o princípio que veda retrocesso social.

E conclui, referenciando VECCHIATTI apud DIAS (2011, p.118) ao afirmar que “afinal, cada indivíduo tem o direito de viver a própria vida em conformidade com o seu íntimo, não podendo o Estado intervir ou atribuir menor dignidade conforme o tipo de relacionamento afetivo”.

O que se visualiza, em termos práticos, é que a atualização dada pelo legislador constituinte derivado ao Código Civil de 2002 não fora abrangente o suficiente com vistas à garantir a efetividade dos princípios constitucionais insculpidos em nossa carta magna, elencados no primeiro capítulo deste trabalho, a citar, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana que, no entendimento de inúmeros juristas é o princípio regulador de todo o ordenamento jurídico pátrio. Isso nos faz questionar se de fato poderíamos ter recepcionado em 1988 um Código Civil tão defasado quanto o de 1916, e mais que isso, quando não ainda satisfeitos, tê-lo reformado em 2002 após o mesmo ter tramitado por quase 30 anos como projeto no Congresso Nacional, sobre o falso pretexto de deixá-lo *condizente* à realidade social do país.

4 A FALTA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO HOMOAFETIVO NA LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS.

4.1 O NÃO RECONHECIMENTO LEGISLATIVO AO DIREITO HOMOAFETIVO COMO GARANTIA DO FIEL CUMPRIMENTO DO TEXTO CONSTITUCIONAL PÁTRIO.

Com o estudo a que se pretendeu este trabalho até o presente momento, visualizou-se o desdobramento da legislação pátria ao longo dos anos, a partir do Estado minimalista, paternalista, tracejado por concepções coloniais dos séculos passados, chegando até o atual Estado Democrático de Direito, social e de inclusão, fruto da nova ordem constitucional institucionalizada em 1988, com a promulgação da constituição cidadã.

Neste sentido, Nahas (2008, p.126) afirma que a evolução constitucional fora como:

um processo contínuo e interligado à evolução social dos últimos séculos, onde as Constituições modernas timidamente iniciaram o reconhecimento dos direitos fundamentais, forma de proteção do indivíduo ao poder absoluto do estado, sem, contudo, interferir na esfera pessoal privada. Havia significativo formalismo social e jurídico. A liberdade era formal, as relações sociais e interpessoais eram formais, a própria Constituição e a sua interpretação eram formais. Essa foi a grande característica do liberalismo do século XIX. As Constituições e o próprio Estado deixaram de lado a postura formal e pretensamente isenta em relação à esfera privada dos cidadãos, e iniciou-se a busca por uma igualdade material através do reconhecimento e proteção dos desiguais. Os direitos fundamentais foram aumentando e deixaram de ser meramente direitos de proteção, para se tornarem garantias de igualdade social, econômica, e até mesmo transindividual.

Para Maria Berenice Dias a nova ordem constitucional trouxe uma série de inovações para o direito brasileiro, inaugurando uma nova era no mundo jurídico. A CRFB/88 já passou a identificar em seu art. 3º, IV, que o objetivo principal da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade, bem como de

quais outras formas de discriminação, vetando assim, qualquer tentativa de exclusão de determinados grupos sociais, quaisquer que sejam (DIAS, 2011).

Neste entendimento, a autora (2011, p.68-69) afirma que:

A constituição, ao conceder especial proteção família, não a define. Fala no casamento, e igualmente não o conceitua. Só há referência ao sexo do par quando fala na união estável, a qual deve ser facilitada a conversão em casamento. Ao elencar as entidades familiares inclui o que se passou a se chamar de família monoparental: um dos pais com sua prole. Silencia sobre as uniões homoafetivas, omissão, no entanto, que não significa que elas não merecem reconhecimento como entidade familiar.

O Código Civil regulamenta fartamente o casamento, dedicando-lhe 110 artigos. Nada diz sobre a diversidade de sexo do casal. Limita-se a afirmar que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a vontade de estabelecer vínculo conjugal. Ou seja, fala da constituição da união e não de seus pressupostos. Reconhece a capacidade para o casamento ao homem e à mulher com dezesseis anos e afirma que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Estas são as únicas referências na lei civil ao sexo dos cônjuges, não havendo em nenhuma delas a previsão de que o casamento é exclusivamente entre um homem e uma mulher. De outro lado, entre as causas de nulidade ou anulação do casamento, em nenhuma delas está prevista a identidade sexual dos cônjuges como pressuposto para a descontinuação do casamento. De modo, mister reconhecer que não há vedação expressa ao matrimônio de parceiros do mesmo sexo.

Destaca ela que neste sentido, em não havendo a vedação para as uniões homoafetivas, não há o que se falar no seu não reconhecimento pelo Código Civil, até porque o mesmo é uma norma infra-constitucional. Pelo contrário, quando a legislação civil, mesmo após reformada não faz a menção, contraria totalmente os valores principiológicos positivados no texto constitucional, violando o direito de inúmeras pessoas, relegando-as à marginalidade e ao preconceito. A homofobia é hoje uma das mais perversas formas de exclusão, haja vista que condena grande parcela da população à invisibilidade, mesmo que a concessão de direitos se dê pela via judicial, por meio de ações promovidas no Poder Judiciário. É sabido que é tarefa do legislativo a obrigação de resguardar o direito de todos os cidadãos brasileiros, haja vista que eles lá os representam, e, por conseguinte, devem corresponder

aos seus anseios e não a princípios e convicções particulares, religiosas e de todo o tipo diverso àquele que lhes são conferidos pelo poder de representar.

SILVA apud DIAS (2011, p. 75) aduz que:

Para compreender a realidade atual da violação dos direitos humanos da população LGBT no Brasil é preciso pontuar que, historicamente, o país herdou uma cultura de preconceito e de discriminação muito forte com base em todas as formas de “sexualidade desviante”.

Confirmando e complementando este raciocínio, VENTURINI apud DIAS (2011, p. 75) conclui que:

[..] há algo de muito errado em uma sociedade que que hegemonicamente cultiva a intolerância a comportamentos e identidades considerados desviantes; procura se eximir da responsabilidade pela discriminação dos indivíduos que manifestem tais comportamentos e identidades; rotineiramente incentiva a violência simbólica contra parte de seus cidadãos tão somente por conta da sua orientação sexual. E uma sociedade na qual, muito provavelmente, parcela considerável veladamente aplaude os “excessos” quando a violência contra lésbicas, gays, travestis e transexuais se consuma no aspecto físico. Ainda mais se considerarmos que tais “desvios” expressam, por vias diversas, apenas a busca de amor, sexo e felicidade.

As uniões homoafetivas por não terem o devido reconhecimento legal, prosseguem sendo alvo de manifestações de repúdio e rejeição que obrigam os homossexuais a se esconder da família, dos colegas no trabalho, haja vista a necessidade de se manter o emprego, bem como para não se verem apontados, rejeitados, humilhados ou até mesmo, agredidos. (DIAS, 2011, p.77).

Desta forma, segundo a autora supracitada, criminalizar a discriminação contra os homossexuais e garantir à estes os mesmos direitos civis, no que tange ao casamento ou união estável, e ainda, direito à sucessão, à previdência social e à adoção nos mesmos moldes dos relacionamentos heteroafetivos, é mais que um dever do Estado, torna-se uma obrigação, afinal como já mencionado, se o que envolve duas pessoas de sexo diferentes sob o

mesmo teto, com intenção de constituir família é nada mais que o afeto, o amor e a intenção comum de compartilhar uma vida a dois, para a relação homoafetiva também não o é diferente. E se pensarmos o contrário estaremos, sem sombra de dúvida, rasgando a carta magna de cima a baixo, queimando os seus princípios, suas normas programáticas, e mais que isso, o direito fundamental a que todo o homem e de toda a mulher tem direito de gozar: à isonomia e a um tratamento digno daquele que só ama justamente por que tem discernimento, raciocina, é ser humano.

4.2 O DIREITO HOMOAFETIVO NÃO INSTITUCIONALIZADO NA LEGISLAÇÃO E RECONHECIDO NA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA: A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF - ADI Nº4277 e ADPF 132.

Notória é, portanto, conforme já suscitado, a ausência de legislação que dê guarida aos direitos dos casais homoafetivos. Não temos nenhum texto positivado que dê suporte à realidade que ora se apresenta. Aliás, se formos coerentes estamos é bem defasados quando comparados a países como Dinamarca, Noruega, Suécia, Catalunha, Groelândia e Islândia, os quais já regulamentaram em todo ou em parte, os direitos dos pares homoafetivos (DIAS, 2011)

Conforme elucida a doutrinadora em questão, no Brasil nosso legislativo anda a passos curtos, é moroso e preconceituoso. Estamos sobrevivendo de decisões judiciais para que se faça valer o texto constitucional em sua amplitude máxima. Nos últimos anos, promoveu-se a judicialização da política, na qual o Poder Judiciário, visando garantir os direitos constitucionais previstos na CRFB/88 acaba proferido decisões que ferem a tripartição dos poderes, mas, que se não fossem assim prolatadas, deixariam muitos cidadãos a mercê dos devaneios do legislativo omissivo e discriminador.

Segundo notícia veiculada no próprio web sitio do Supremo Tribunal Federal, a mais recente decisão do STF, que recebeu os holofotes da mídia brasileira e a atenção dos órgãos de proteção de direitos humanos, tanto no

Brasil quanto no exterior foram as ações Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277, a qual o teor versava sobre o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132, cujo pedido principal traduzia-se no requerimento da aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil brasileiro às uniões homoafetivas, com base na denominada "interpretação conforme a Constituição". Requereu-se nestas ações que o STF, guardião da CRFB/88 interpretasse conforme o texto constitucional, o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro e enfim declarasse que as decisões judiciais denegatórias de equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis afrontavam direitos fundamentais, alegando que o não reconhecimento de tais enlaces contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade - da qual decorre a autonomia da vontade - e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da CRFB/88.

Segundo o informativo, com esse argumento, ao STF fora requerido que fosse aplicado o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, e como pedido subsidiário, fora requerido ainda que caso o tribunal entendesse ser descabida a referida ADPF, a mesma fosse recebida, processada e julgada como ADI, o que realmente acabou acontecendo. Na oportunidade, os ministros do STF, ao julgarem as referidas ações, reconheceram a validade das uniões estáveis para casais do mesmo sexo.

O relator das ações, ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a CRFB/88 para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, argumentando que o artigo 3º, inciso IV, da CRFB/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua orientação sexual.

No seu entendimento, o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não pode ser utilizado para desigualá-las juridicamente, concluindo

que qualquer depreciação da união homoafetiva afronta, portanto, o inciso IV do artigo 3º da CRFB/88. Neste sentido, em seu voto, ele afirma:

Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). (AYRES BRITO, p. 11, ADI 4277).

Ayres Brito elucidou em seu voto que o princípio da dignidade humana, se encontra permeado pela realização das vontades. Afirma ele que da mesma forma que alguém heterossexual só é feliz sob esta condição, a mesma premissa funciona para quem tem orientação diversa (homossexual), haja vista que a busca da felicidade só pode ser encontrada mediante as práticas homossexuais, e que estas, não podem ser parâmetro que distinga os pares homoafetivos dos heteroafetivos no âmbito jurídico simplesmente por conta de uma orientação diversa daquela que parte da sociedade convencionou como a orientação sexual padrão, baseada em preconceitos e idealismos religiosos coloniais dos séculos passados.

Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplinar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. (AYRES BRITO, p.20, ADI 4277).

O referido ministro ainda fala que por ser tratar de uma questão totalmente ligada à vida privada do cidadão, não é plausível que o Estado, que

é responsável unicamente por garantir o bem estar social dos seus nacionais interfira incisivamente sobre os seus quereres, gostos, preferências, bem como sobre as práticas a que os mesmos venham a se submeter, ressalvando, claro, que as suas condutas não interfiram no direito de terceiros ou mesmo que venham a interpor a lei.

Não obstante, o relator abordou também a isonomia de obrigações e deveres, a qual todos os cidadãos estão submetidos, independentemente da orientação sexual que cada um deles venha a ter, do mesmo modo que, por exemplo, são defesos aos cidadãos os direitos de liberdades de credo, comunicação e expressão, garantidos pela CRFB/88. E ele é enfático afirmando ainda, por fim, que a ausência de legislação que dê guarida às relações homoafetivas relega à obscuridade a convivência ao qual estão submetidos os homossexuais e seus relacionamentos afetivos, o que de fato inviabiliza a convivência natural dessas pessoas para com restante da sociedade.

Neste sentido o ministro fora lúdico e certo:

Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: “O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”.(AYRES BRITO, p. 39, ADI 4277).

Acompanhando o voto do Ministro Ayres Brito, mesmo entendimento tiveram os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Ellen Gracie e Cármen Lúcia Antunes Rocha, todos pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a CRFB/88 para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que

viesse a impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Pondo em relevo alguns pontos que são peças chave para o julgado, notamos aquilo que própria a Ministra Carmen Lucia, destacou ao afirmar que os direitos devem ser constantemente debatidos, vez que sempre estamos em busca do bem estar social (aquele que o Estado deve garantir a todos os cidadãos), e que, portanto, estes debates devem permear acompanhar todas as mudanças pelas quais a sociedade passa, quer quebrando barreiras, quer inclusive, enfrentando o preconceito desarrazoado que impede o reconhecimento de direitos básicos como os que aqui se propõe o debate. Segundo ela esse julgamento fora um marco histórico para a legislação brasileira, e será apenas um dos vários embates que o judiciário terá de dirimir:

Este julgamento demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano. (CARMEN LUCIA. p. 1. ADI 4277).

Em sua análise, acompanhando o entendimento de Ayres Brito, ela destacou que os princípios constitucionais devem sim ser observados, e não apenas o princípio da não discriminação, bem como ainda o princípio da liberdade e todos os outros que dele venham a se desdobrar. As escolhas pessoais dos cidadãos, segundo ela, não podem de forma alguma, limitar, nem mesmo servir como parâmetro de decisão, para (re)afirmar a quais direitos os mesmos terão ou não acesso. Não há como a CRFB/88 pregar a não discriminação e ao mesmo tempo perpetrá-la.

Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir ao preconceito e à discriminação? (CARMEN LUCIA, p.7, ADI 4277).

O Ministro Marco Aurelio, por sua vez, inicialmente em seu voto fez uma retrospectiva ao histórico do direito, bem como das instituições o compunham e resguardavam seus interesses. Nele fez uma releitura da idade média, período no qual o catolicismo fora forte e influente, imperando com seus costumes e dogmas de fé inabaláveis e de longe, incontestáveis. Contextualizando com a atualidade legislativa do país o mesmo afirma que esses costumes e dogmas ainda teimam em permear os textos positivados, haja vista que nem todos os cidadãos estão inseridos neste contexto, motivo pelo qual segundo o ministro não se pode permitir a incorporação de emendas à legislação que privem de direitos, quem a estes costumes e dogmas não contemplam.

Apesar de tudo isso, Marco Aurélio aduz que infelizmente é exatamente o oposto que muitos dos legisladores têm de fato, feito, atuando nos cargos nos quais foram investidos pelo povo, no uso do estrito interesse pessoal, incorporando sentimentalismos moralistas e religiosos, esquecendo-se da veia norteadora que é a CRFB/88, barrando a evolução saudável e natural da sociedade. Neste sentido ele afirma que:

É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. 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. (MARCO AURELIO, p. 6, ADI 4277).

O ministro ainda cita a morosidade legislativa como um dos problemas a que temos enfrentado, corroborando o que já fora outrora,

certificado neste trabalho. A falta de um sistema legislativo operante pela inércia do próprio legislador obriga o judiciário a resguardar os direitos daqueles que se veem à margem deste sistema discriminador.

A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema. (MARCO AURELIO, p. 7, ADI 4277).

Nesta breve análise dos votos de alguns dos ministros do STF, observou-se que a referida ADI, em que pese a fundamentação das teses, fora julgada tendo como norte os princípios constitucionais, principalmente, e não por demérito dos demais, mas pela relevância de sua importância, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Em suas perspectivas, observamos que os julgadores também consideraram a lentidão legislativa e as tentativas de se inserir valores morais e religiosos nos textos legislativos como um problema ao reconhecimento das uniões homoafetivas.

Esta omissão do legislador, conforme se depreendeu do estudo dos votos dos ministros, até o julgamento da ADI, obrigava os pares homoafetivos a demandar em juízo com vistas a pleitear o reconhecimento da União Estável Homoafetiva para enfim gozar dos mesmos direitos que os casais heteroafetivos. Esta situação, até a última decisão do Conselho Nacional de Justiça - CNJ obrigou os magistrados a julgar tais lides, atuando conforme o artigo 4º da LICC, possibilitando o julgamento por analogia, costumes e princípios gerais do direito, até que o responsável, no caso o legislador, viesse enfim a cumprir com suas atribuições, o que até o presente momento não ocorreu, e talvez não tão cedo, venha a ocorrer.

4.3 O ENTENDIMENTO DO CNJ NA EFETIVAÇÃO DA DECISÃO DO STF – ADI N. 4277 E ADPF 132.

Em consulta ao website do próprio órgão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, estando sediado em Brasília, atuando, porém, em todo o território nacional. O mesmo tem como missão contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade, visa ser um instrumento efetivo do Poder Judiciário.

Ele também desenvolve e coordena vários programas de âmbito nacional que tem como prioridade as áreas de gestão institucional, meio ambiente, direitos humanos e tecnologia. Dentre os programas pelo CNJ desenvolvidos estão o Conciliar é Legal, Metas do Judiciário, Lei Maria da Penha, Pai Presente, Começar de Novo, Justiça Aberta, Justiça em Números.

De acordo com a CRFB/88, em art. 103-B, compete ao CNJ zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, bem como definir os planos, as metas e os programas de avaliação institucional do referido poder, receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, julgando processos disciplinares, aprimorando as práticas e a celeridade, publicando semestralmente relatórios estatísticos referentes à atividade jurisdicional em todo o país.

Conforme nota veiculada no próprio website do referido conselho, a mais recente e ousada decisão do CNJ, foi baixar uma resolução nacional, no âmbito da administração pública e do próprio Poder Judiciário, disciplinando a atuação das suas serventias cartoriais, quanto à regulamentação das uniões homoafetivas, suas conversões em casamento civil e este, propriamente dito. Desde o dia 16 de maio de 2013 os cartórios de todo o País não puderam mais

se recusar a celebrar casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento, a união estável homoafetiva, como estabelece, nos moldes do que previu a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, entrando em vigor nos termos da Lei n. 11.419/2006, § 3º e 4º do art. 4º.

Nas palavras de um dos conselheiros, Guilherme Calmon:

A Resolução veio em uma hora importante. Não havia ainda no âmbito das corregedorias dos tribunais de Justiça uniformidade de interpretação e de entendimento sobre a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da conversão da união estável entre casais homoafetivos em casamento”, disse o conselheiro Guilherme Calmon. “Alguns estados reconheciam, outros não. Como explicar essa disparidade de tratamento? A Resolução consolida e unifica essa interpretação de forma nacional e sem possibilidade de recursos.

A partir de então nenhum cartório do país pode mais deixar de celebrar casamento de casais homossexuais, sob pena de, no descumprimento da referida Resolução, o juiz corregedor da comarca ser acionado pelo casal a que foi negado o direito, com vistas a determinar o cumprimento da medida e além, dependendo do caso, abrir processo administrativo contra o oficial que se negou a celebrar ou reverter a união estável em casamento.

Em 2011, conforme apontamento veiculado no website do Conselho Nacional de Justiça, ao dar legalidade à união homoafetiva com status de união estável, os direitos dos casais heterossexuais foram estendidos aos pares homoafetivos, aplicando-se o disposto no art. 226 da CRFB/88, entretanto, a União estável ainda não abarcava todas as garantias que são próprias do instituto do casamento. Antes da publicação da Resolução CNJ n. 175, a conversão da união estável em casamento já vinha ocorrendo em algumas comarcas por simples disposição da lei que sempre permitiu a conversão da união estável em casamento. Em muitas localidades os registros eram feitos sem nenhum óbice, quer pelo registrador, quer pelo próprio judiciário que ante a recusa daquele no ato do registro, obrigava-o a fazê-lo mesmo não havendo regulamentação de instância superior. Em contrapartida, houve localidades nas

quais o próprio judiciário não permitia que os registros fossem feitos, quem dirá os próprios registradores.

Dessa forma, ao que se observa a decisão do CNJ de regulamentar a união civil de casais de mesmo sexo, no sentido de padronizar os registros públicos, garantiu não apenas a uniformidade de direitos a todos os cidadãos brasileiros, mas mais que isso, trouxe segurança jurídica à tais relações e fez com que o texto constitucional fosse enfim efetivamente cumprido em sua eficácia plena, examinando com a devida acuidade os princípios constitucionais que são o alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, os quais não podem mais ser motivo de demérito do atual poder legislativo, sob pena de estarmos ferindo o que de existir da nossa própria nação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente é sabido e mais que isso, notório, que existem as mais variadas composições familiares às quais extrapolaram em muito o modelo tradicional da família, centrado na figura do pai e da mãe, unidos legalmente pela figura do casamento. Inclusive essa realidade é um dos temas mais debatidos na sociedade, principalmente pelo enfoque e atenção que os meios de comunicação demandam ao tema, a ponto de que hoje, falar em família monoparental, e neste mesmo sentido homoafetiva, tornou-se algo que começa a desmistificar-se como tabu.

A segurança das relações familiares não mais visa ao patrimônio dos cônjuges, mas sim ao afeto destes um pelo outro, pelo qual homem e mulher, ou homem e homem ou ainda mulher e mulher buscam o amor, o carinho, o respeito, a fidelidade e o companheirismo que uma relação afetiva proporciona, objetivando constituir um lar pautado na dignidade e no respeito incondicional.

Conforme se analisou no presente trabalho monográfico, a família brasileira, independentemente da sua forma de constituição, com o advento da CRFB/88 passou a ter especial proteção do Estado, albergando novas conceituações, constituindo esta proteção um direito subjetivo público oponível à sociedade e a própria União. Nesta acepção, portanto, observa-se que, em havendo aumentado os diversos tipos de nichos familiares, bem como o Estado garantido a proteção jurídica necessária pela redação dada ao texto constitucional, não há o que se questionar a respeito da inserção daquilo que venha a ser a família homoafetiva, no ordenamento jurídico infraconstitucional, posto que de fato ela existe na sociedade desde que o mundo é mundo e o homem começou a se organizar enquanto espécie.

Não obstante já haver diversas regulamentações sobre o tema nos mais variados países, a citar-se a África do Sul, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Holanda, França, Canadá, Islândia, Noruega, Nova Zelândia, Portugal, Suécia e ainda os Américo-latinos, Argentina, Uruguai e México, sendo este último, em

dois de seus estados membros, bem como os Estados Unidos da América, na parte anglo-saxônica do continente, em seis dos seus estados, em nosso país a omissão legislativa é politicamente conveniente haja vista que não expõe a opinião dos deputados e senadores federais àqueles que lhes delegam o poder de representação. Isso se traduz em uma afronta das mais graves ao texto constitucional, bem como a uma sociedade que se diz isonômica, plural e cidadã.

Neste sentido, o Código Civil de 2002, apesar de se ferrenhamente defendido pelo seu mentor, Miguel Reale, em que muito pese os avanços advindos desta repaginação pela qual o mesmo passou, continua omissivo legislativamente, não contemplando os valores contemporâneos de uma sociedade que anseia a novos horizontes, haja vista que a própria CRFB/88 é aberta ao tema, não fazendo qualquer vedação expressa, e ainda, quer pelos seus princípios, quer pela forma com a qual afirma que todos os cidadãos devem ser tratados de forma igualitária, inclusive sem distinção de sexo e extensivamente, orientação sexual.

Esta falsa moralidade a que se traduz a ausência de vontade do legislador de se mover à frente e, enfim, garantir o mínimo de dignidade à existência das relações homoafetivas, que já de fato existem, faz com que comecemos a nos questionar se efetivamente estamos sendo representados no Congresso Nacional, ou se aqueles que lá estão representam apenas aos seus próprios interesses, escusos e indiferentes aos anseios da sociedade brasileira.

A nova ordem constitucional trouxe uma série de inovações para o direito brasileiro, inaugurando uma nova era no cenário jurídico pátrio. Conforme vimos a redação do próprio art. 3º, IV da CF/88 é enfática e por si só encerra com chave de ouro o tema em apreço ao afirmar que é objetivo primordial da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade, abarcando ainda outras formas de discriminação na qual sem sombra alguma de dúvidas, se encaixa aqui o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Poder Legislativo

Nacional que desde muito está entorpecido, adormecido, deitado em berço esplêndido.

É inadmissível que uma sociedade garantidora de direitos não corrobore o entendimento acerca da plenitude das garantias constitucionais, pois fadada a inércia do legislador, obrigava os pares homoafetivos até a pouco buscar o Poder Judiciário, como guardião da CRFB/88, para que o mesmo dissesse o direito conforme a própria Carta Magna, como se o Congresso Nacional pátrio não a conhecesse tão bem quanto o STF ou mesmo o CNJ.

Neste entender só nos resta torcer para que o legislador institucionalize e regulamente as uniões homoafetivas no direito brasileiro, a fim de dar efetivo cumprimento aos preceitos constitucionais de uma constituição a que se julgou ser cidadã, para que ela então possa fazer jus a essa alcunha que lhe fora dada nos idos de sua promulgação, fazendo valer assim, os valores e princípios que tanto a sociedade brasileira um dia, sonhou alcançar.

6 REFERÊNCIAS

ABGLT - Legislação – Proibição de discriminação por orientação sexual. Disponível em http://www.abglt.org.br/port/leis_os.php. Acesso em: 13 junho 2013.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Lara Oleques de. A função social da família e a ética do afeto: transformações jurídicas no Direito de Família. Trabalho de conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Marília, SP: 2007.

BRASIL. Lei Nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 07 maio. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 07 maio. 2013.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm r. Acesso em: 07 maio. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil - Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 07 maio. 2013.

BRASIL. Lei 9.882 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. - Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 12 nov 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CNJ . Sobre o CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>. Acesso em: 13 nov. 2013.

_____. Navegue pelas fotos e entenda o que mudou com a regulamentação do casamento homoafetivo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24911-navegue-pelas-fotos-e-entenda-o-que-mudou-com-a-regulamentacao-do-casamento-homoafetivo>. Acesso em: 13 nov. 2013.

CARRARO, Suelene Cock Correia. Artigo Científico: Casamento religioso de efeitos civis. Pesquisa Direito. Disponível em:

<<http://www.pesquisedireito.com/artigos/civil/cas-relig-ef-civ>>. Acesso em: 07 maio. 2013.

DA CUNHA, Dirley Junior, Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. Ed.Podvm, São Paulo, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 3ª ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **União Homoafetiva: o preconceito & a Justiça.** 5ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIÓGENES JR., José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750#_ftn7>. Acesso em: 15 outubro 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função social no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2007. _____; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função social no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – Direito de Família. Vol. 06. Ed. 10ª. São Paulo. Saraiva: 2013.

G1. Veja quais países já aprovaram o casamento gay. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/veja-quais-paises-ja-aprovaram-o-casamento-gay.html>. Acesso em: 13 junho 2013.

JOAQUIM, Nelson. IGUALDADE E DISCRIMINAÇÃO. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/nelsonjoaquim/igualdadeediscriminacao.htm> . Acesso em: 17 outubro 2013.

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 . 5 v.1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 307, 10 maio 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5201>>. Acesso em: 20 maio 2013.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3759, 16 out. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25364>>. Acesso em: 17 out. 2013.

LUNA, Marta Moreira. O princípio da dignidade da pessoa humana como lócus hermenêutico da nova interpretação constitucional Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1080>. Acesso em: 16 outubro 2013.

MELO, Daniela Mendonça de. A interpretação jurídica em Kelsen. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6957>. Acesso em: 14 nov 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira, Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2008.

NAHAS, Luciana Faísca. União Homossexual: Proteção Constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais orientadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

MADALENO, Rolf Hanssen. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. Código civil brasileiro de 2002: principais alterações. Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS, Eliane Araque. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. 2006. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/56/78> >. Acesso em: 11 nov 2013.

SANTOS, José Alexandre dos. Teoria da Recepção Constitucional e a Nova Ordem Social. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7532. Acesso em: 28 out.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Máira Santos Antunes da. O novo Direito de Família e a paternidade socioafetiva. 2007. Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/37/48/3748/>. Acesso em: 18 outubro 2013.

SILVA, Rodrigo Alves da. Diretrizes e bases principiológicas do Código Civil de 2002: análise histórico-comparativa ao Código Civil de 1916 Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12712/diretrizes-e-bases-principiologicas-do-codigo-civil-de-2002>. Acesso em 24 outubro 2013.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17628>>. Acesso em: 20 maio 2013.

SOBRAL, Mariana Andrade. *Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 14 set. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28755>>. Acesso em: 17 out. 2013.

STF. Supremo reconhece união homoafetiva. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 13 nov. 2013.

TACQUES, Ana Paula Pizarro. Aspectos controversos do instituto da união estável: do preconceito histórico à atual insegurança jurídica. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12538. Acesso em 25 outubro 2013.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2#ixzz2huHENX1w>>. Acesso em: 16 outubro 2013.

TAVARES, André Ramos, Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Sergipe, n. 3, p. 23-44, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Temas do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O papel dos princípios no ordenamento jurídico. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6824/o-papel-dos-principios-no-ordenamento-juridico/3>>. Acesso em: 15 outubro 2013.

VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnaldo. Direito Civil (Introdução e Parte Geral). 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2.009, v. I.

7 ANEXOS

Edição nº 89/2013

Brasília - DF, quarta-feira, 15 de maio de 2013

Presidência

ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 14, DE 14 DE MAIO DE 2013

A realização de concurso público, de provas e títulos, é medida que se impõe aos Tribunais imediatamente após a declaração de vacância de serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sob sua jurisdição, nos exatos termos do § 3º do art. 236 da Constituição Federal.

Precedente: Procedimento de Controle Administrativo nº 0002328-10.2012.2.00.0000.

Ministro **Joaquim Barbosa**

Presidente

RESOLUÇÃO Nº 175, DE 14 DE MAIO DE 2013

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo nº 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;

CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;

CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;

CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro **Joaquim Barbosa**

Presidente