

**Universidade Federal de Juiz de Fora**  
**Faculdade de Direito**

Renata Guimarães Guerra

**O reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo: o ativismo judicial na defesa dos direitos fundamentais – análise do REsp 1.183.378/RS**

Juiz de Fora  
2013

Renata Guimarães Guerra

**O reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo: o ativismo judicial na defesa dos direitos fundamentais – análise do REsp 1.183.378/RS**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração de Direito Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. ISRAEL CARONE RACHID

Juiz de Fora

2013

## **RENATA GUIMARÃES GUERRA**

### **O reconhecimento do casamento de pessoas do mesmo sexo: o ativismo judicial na defesa dos direitos fundamentais – análise do REsp 1.183.378/RS**

Trabalho de conclusão de curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração de Direito Civil, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 21 de março de 2013.

#### **BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Israel Carone Rachid (Orientador)  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professora Isabela Gusman Ribeiro do Vale  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Professora Flávia Lovisi Procópio de Souza  
Universidade Federal de Juiz de Fora

## RESUMO

Trata a presente monografia acerca da possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Busca-se, a partir da abordagem do tema, indicar os fundamentos para que seja assegurada a concretização de tal instituto. Para tanto, destaca-se a proteção do casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionalmente previstos, especialmente a dignidade da pessoa humana e igualdade, dirigentes dos demais enunciados na Carta Maior, abordando-se a chamada constitucionalização do Direito Civil Brasileiro e a evolução do conceito de família. Para a proteção do direito dessa minoria preterida, relevante faz-se o papel do Poder Judiciário, na sua atuação contramajoritária, uma vez que não há qualquer regulamentação expressa acerca do tema, como representa a abordagem do REsp 1.183.378/RS. Um Estado que se designa Democrático de Direito não pode consentir distinções injustificadas entre os cidadãos, sem qualquer amparo racional, lógico e motivadamente constitucional, como ocorre quando se recusa o direito de acesso ao casamento em virtude da orientação sexual dos nubentes.

**Palavras-chave:** Família. Casamento. Homoafetividade. REsp 1.183.378/RS. Constituição. Princípios. Judiciário. Igualdade.

## **ABSTRACT**

The present monograph is about the possibility of civil marriage between persons of the same sex. We look up here, by approaching the subject matter, to point out the elements in order to ensure the achievement of such institute. Therefore, we highlight the protection of same-sex marriage in the light of the principles constitutionally provided, especially human dignity and equality, leaders of other rights foretold in Constitution, approaching the so-called constitutionalization of the Brazilian Civil Law and the evolution of the concept of family. To protect the right of this deprecated minority, the role of Judicial Power makes itself relevant against majority, since there is no expressed provision on the subject, as it is approached on REsp 1.183.378/RS. A State that designates itself democratic cannot tolerate unjustified distinctions between citizens, without any rational, logical and constitutional support, as it occurs when the right of access to marriage is refused because of the sexual orientation of the intending spouses.

**Keywords:** Family. Marriage. Homosexual. REsp 1.183.378/RS. Constitution. Principles. Judiciary. Equality.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>06</b>
<b>2 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA CIVIL BRASILEIRO NA TUTELA DOS DIREITOS DA SOCIEDADE.....</b>	<b>09</b>
<b>3 A EVOLUÇÃO DO CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO NO CONTEXTO MUNDIAL.....</b>	<b>16</b>
<b>4 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS: DEFESA DAS MINORIAS.....</b>	<b>18</b>
4.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	18
4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.....	20
4.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	21
4.4 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	23
<b>5 A TUTELA DA FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>26</b>
5.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA.....	26
5.2 A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO SISTEMA BRASILEIRO.....	28
<b>6 O CÓDIGO CIVIL E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO.....</b>	<b>31</b>
6.1 DA POSSIBILIDADE DO CASAMENTO HOMOAFETIVO COMO CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	33
6.2 DO CASAMENTO HOMOAFETIVO MEDIANTE A HABILITAÇÃO DIRETAMENTE NO REGISTRO CIVIL.....	35
<b>7 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DEFESA DOS DIREITOS DAS MINORIAS.....</b>	<b>38</b>
<b>8 CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO A PARTIR DA LÓGICA CONSTITUCIONAL E SEUS PRINCÍPIOS – ANÁLISE DO REsp 1.183.378/RS.....</b>	<b>41</b>
<b>9 CONCLUSÃO.....</b>	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277 e da ADPF (Arguição de Descumprimento de preceito fundamental) nº 132 reconheceu, por unanimidade, a união estável entre pessoas do mesmo sexo em todo o território nacional. A decisão da Corte Suprema consagrou uma interpretação mais ampla ao artigo 226, §3º da Constituição Federal<sup>1</sup>, de modo a abranger no conceito de entidade familiar também as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O julgamento levou em consideração uma vasta gama de princípios jurídicos consagrados pela Constituição como direitos fundamentais, dentre eles a igualdade, a liberdade e a proibição de qualquer forma de discriminação. Tal decisão ensejou diversas mudanças, visto que antes da histórica decisão do Supremo Tribunal Federal a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compreendia que casais do mesmo sexo formavam uma sociedade de fato, o que lhes garantia alguns direitos legais em número menor aos garantidos à união estável.

Foram reconhecidos no Brasil, assim, às uniões homoafetivas<sup>2</sup> todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre homem e mulher.

O presente trabalho visa adentrar em uma seara mais profunda, contrapondo opiniões acerca da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, efetuando, especificamente, uma análise do Recurso Especial nº 1.183.378/RS e a implicação desta decisão na proteção dos direitos constitucionalmente garantidos.

O referido recurso foi interposto por duas cidadãs residentes no Rio Grande do Sul, que tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado em primeira e segunda instâncias. As decisões gaúchas afirmaram não haver possibilidade jurídica para o pedido, pois só o Poder Legislativo teria competência para instituir o casamento homoafetivo, estando evidente na legislação infraconstitucional a

---

<sup>1</sup> Art. 226, §3º, CF: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento

<sup>2</sup> A relação entre homossexuais ganhou um novo vocábulo, criado pela desembargadora e jurista Maria Berenice Dias, que defende que o afeto é o fator mais relevante na atração que uma pessoa sente pelo mesmo sexo. Segundo a Doutrinadora, a homoafetividade vai além da relação sexual, é, um vínculo criado pela afetividade, pelo carinho e pelo desejo de estar com o outro em uma convivência harmônica.,

possibilidade de realização somente entre homem e mulher, em consonância com os artigos 1.514<sup>3</sup>, 1.517, caput,<sup>4</sup> 1535<sup>5</sup> e 1.565, caput<sup>6</sup>, do Código Civil.

No Recurso Especial em comento, o Superior Tribunal de Justiça, em outubro de 2011, por quatro votos a um, decidiu que duas pessoas do mesmo sexo têm o direito ao casamento, a despeito da omissão legislativa vigente no Brasil acerca do tema, conferindo aos artigos do Código Civil uma interpretação conforme os princípios constitucionais.

Nesse sentido, tratará o trabalho a ser desenvolvido sobre o ativismo judicial dos Tribunais Superiores, questionando-se se essa decisão estaria a afrontar o princípio da separação de poderes, fundamentado no juízo de que o Judiciário estaria a usurpar o papel do Legislativo.

Serão abordados e analisados os aspectos sociais do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de preparar a sociedade para a supressão de óbices legais ao casamento civil entre pessoas de mesmo sexo. Relevante, ainda, far-se-á a abordagem de um conceito evolutivo de família, uma vez que, atualmente, o que define uma família não é a diversidade de sexos nem seu intuito procriativo, mas a sua afetividade.

Certamente que, em um Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais devem ser garantidos em todos os aspectos, pelo que se faz importante a concretização das metas e objetivos de todos aqueles amparados pela proteção jurídica constitucional. Não poderiam os homossexuais estar excluídos de proteção por se tratarem de minoria, tendo o Judiciário, em seu papel contramajoritário, destaque nessa tutela, o que também virá a ser desenvolvido.

À vista disso, este estudo é um aprofundamento crítico a respeito do reconhecimento dos direitos das minorias homossexuais, quanto ao reconhecimento

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Art. 1535 Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

<sup>6</sup> Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.



da possibilidade de casamento civil, analisando-se a relevância do papel do Judiciário na proteção das garantias fundamentais.

## **2 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA CIVIL BRASILEIRO NA TUTELA DOS DIREITOS DA SOCIEDADE**

O presente capítulo não é pretensioso a ponto de querer esmiuçar toda a trajetória do Direito Civil brasileiro na profundidade que ele verdadeiramente apresenta. Importante se faz traçar um panorama histórico e ideológico, abordando as principais evoluções dos direitos civis brasileiros, de modo a viabilizar o entendimento crítico da atual realidade de nosso Direito.

Isto porque, para que sejam observadas as tendências apontadas na contemporaneidade, devem ser pesquisadas as razões históricas, ideológicas, políticas, econômicas e sociais que as impulsionaram ao longo dos tempos. Somente assim será possível questionar o caminho traçado pelo legislador do Código Civil ora em vigor, em contraponto com as necessidades sociais e jurisdicionais de nosso país.

A história do Direito Civil Brasileiro caracteriza-se pelo seu desenvolvimento orgânico desde o período da monarquia. Em um primeiro ensejo, o centralismo jurídico vigorante era o das Organizações Manuelinas, Afonsinas e Filipinas, que foram trazidas para serem aplicadas como um direito já posto e estabelecido no Brasil, sendo vigente a ideia da sistematização decorrente do sistema português.

A Constituição Brasileira de 25 de Março de 1824 deliberou, no artigo 179, XVIII, que fosse elaborado um Código Civil, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, e reconheceu nacionalidade às Ordenações Filipinas como ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação de um novo Código Civil.

Após a independência, as leis portuguesas referentes ao Direito Privado vigoraram no Brasil até a sua substituição por norma nacional, fato que só iria se concretizar com a promulgação do Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua, no início do século XX. Por sua vez, em solo lusitano, o Livro IV das Ordenações Filipinas foi substituído pelo texto elaborado por Visconde de Seabra, em março de 1867.

Acontece então algo nunca esperado: a parte referente ao Direito Civil das Ordenações é revogada em Portugal, seu berço natal, continuando, porém, a produzir efeitos por mais quase 50 anos no Brasil, que não mais fazia parte do território lusitano.

Em 1917, quando passou a vigorar o primeiro Código Civil Brasileiro, o Direito Civil, nas palavras de Lacerda (*apud* GOMES, 2006, p.8):

Não passava de um aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprimindo, reparando e sustentando as Ordenações do Reino, venerável monumento antiquado, puído pela ação de uma longa jurisprudência inculta e incerta, cujos sacerdotes lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto, lidos ao lusco-fusco crepuscular da Lei da Boa Razão.

O Código Civil de 1916 manteve-se fiel à tradição e às estruturas sociais da época, demonstrando-se ainda mais arraigado na parte referente ao Direito de Família e no Direito das Sucessões, nos quais não foram demonstrados aspectos de mudanças como nas demais legislações americanas, conservando-se diversos princípios e normas já existentes.

Pontes de Miranda, em 1928, pontuava que o Código Civil de 1916 (*apud* GOMES, 2006. p.14):

[...] condensava um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação; quando cogita de classes, é certo capitalismo indisfarçado, porém ingenuamente convencido de sua função de consolidação e justiça social.

Até a abolição da escravatura, momento pouco anterior à iniciativa da elaboração do Código Civil, a estrutura de nossa sociedade traz como base a vida fora das cidades. O domínio da organização social do Brasil Colônia foi sentido até o fim do século XIX, começando a discussão do projeto do Código Civil a ser elaborado por Clóvis Bevilacqua, já nos primeiros anos do século XX. Nada mais voluntário, assim, que influenciasse, na sua elaboração, o primitivismo patriarcal que conceituou o estilo de vida da sociedade colonial. Motivações históricas paradigmaram de forma que preponderasse, na organização social, o privatismo. Certo é que a emancipação política do país não modificou estruturalmente a formação colonial. Assim, especialmente no âmbito do Direito de Família, o Código Civil sofre a influência marcante dos costumes próprios dessa sociedade subdesenvolvida, que, todavia, modificar-se-ia rapidamente logo após a sua promulgação. (GOMES, 2006)

Fato é que os grandes proprietários rurais praticamente nomeavam os legisladores e governadores, em simulações eleitorais, assegurando, por esse

modo, a defesa de seus interesses básicos, uma vez que a elite intelectual urbana da classe média necessitava do apoio dos coronéis para a conquista dos postos de comando.

O Código Civil constituiu-se em uma “obra de homens da classe média” (GOMES, 2006, p.30), nas palavras de Orlando Gomes, que o formularam preocupando-se em cumprir os desejos e aspirações de uma sociedade influenciada pelo regime capitalista de produção. Todavia, tal propósito encontrou empecilhos na estrutura agrária do país e não recebeu tantos estímulos; a classe média estava travada aos interesses dos fazendeiros, que não toleravam certas ousadias (GOMES; 2006).

A mentalidade conservava-se fiel ao individualismo jurídico, mais consentâneo, na época, com o grau de desenvolvimento das forças produtivas do país. Restava abafado o socialismo jurídico, que se preocupava com os reclamos sociais, que deveriam ser ouvidos como impulso para aplicação mais exata da lei de igual liberdade. Esse socialismo referido era o movimento que viria concretizar-se, pouco depois, no reconhecimento dos direitos sociais, hoje inscritos em todas as Constituições modernas do mundo.

Nota-se, portanto, na evolução do Direito privado brasileiro, uma desarmonia entre o Direito posto e a realidade social. Como foi elaborado no fim do século XIX, para vigorar em um novo século, não tinha condições de antever as transformações que viriam a ocorrer. Por isso, em alguns aspectos, já não representa os anseios de nossa época.

O Código Civil Brasileiro de 1916 estava em descompasso com as transformações sociais ocorridas em especial no século XX. A visão eminentemente patrimonialista e patriarcal do direito destoava do contexto social em que produziam efeitos, invocando por uma nova recodificação, com a criação de um novo código que refletisse os anseios da sociedade, atentando-se ao novo viés econômico, político, filosófico e cultural.

Os Códigos representavam o núcleo do direito privado. A Constituição Federal, por sua vez, embora tomasse o papel de Lei mais importante do sistema normativo de um país, estava estigmatizada a uma função de mera representatividade de princípios e valores, enquanto que a Lei Civil simbolizava a efetividade das normas que deveriam ser seguidas pela sociedade. Numa clara inversão simbólica, o Código Civil representava o instrumento jurídico de maior

importância para a sociedade, visto que as condutas humanas estavam definidas no ponto de vista privado. Nesse sistema normativo, o magistrado tem um papel de menor importância, pois deveria limitar-se a aplicar a norma ao fato concreto (GOMES, 2006).

Desde sua promulgação, foram muitas as leis extravagantes que abordaram de matérias não suscitadas pelo Código ou modificaram disposições do *codex*. Paralelamente, outros Códigos surgiram, cuidando de matérias semelhantes, como o Código de Águas, o Código de Minas e a nova Lei de Introdução. Muitas, ainda, foram as modificações no Direito de Família. A Lei no 6.515, de 26-12-77, regulamentou a Emenda Constitucional nº 9, de 28-7-77, Lei do Divórcio, que derogou vários artigos do Código Civil, quando se poderia tão-só fazer substituições das disposições.

Diante de tais modificações e apensamentos, chega-se à era dos Estatutos, com a intensa decodificação, deixando o Código Civil de ser o centro do sistema jurídico privatista brasileiro, para concorrer com várias normas e até mesmo outros códigos, gerando os microssistemas ou polissistemas.

De forma singela isso demonstra que o Código Civil não tem o poder de previsão de todas as condutas humanas, o que em espécie de fato é impossível a qualquer ordenamento que venha edificado em um sistema sem flexibilidade. Afinal, o ser humano está em constante mudança, quer seja pelo implemento de novas tecnologias que são buscadas de forma perene, quer seja pela relativização de condutas morais que ao longo do tempo sofreram sensíveis alterações.

Por isso, no dia 10 de janeiro de 2002, tivemos sancionada a Lei no 10.406, publicada no *Diário Oficial*, a qual trata do novo Código Civil, que entrou vigor em janeiro de 2003, quando, em consequência, foi dada por revogada a Lei nº 3.071, que data de 1º de janeiro de 1916. A Comissão que viria a elaborar o novo Código Civil, mas implementar alterações que fossem necessárias para modernização do Direito.

Como toda norma atribuída pelo poder público busca uma conformação aos anseios e costumes da sociedade, procurou-se atualizar o referido Código, uma vez que o em vigor já se apresentava antiquado, reclamando alterações constantes e motivando a apresentação de um projeto nesse sentido, que se arrastou até agosto de 2001.

No contexto da mudança, um aspecto tomou relevância, qual seja a potencialidade do espaço público representando a coletividade com suas normas de regência, sendo a preponderante, para tanto, os ditames da Constituição Federal.

De forma comedida, os defensores do Código Civil começaram a ceder à visão de sistema em que o Código Civil constituía a norma máxima para o direito privado e a Constituição a norma de primeira grandeza para o Direito Público. Percebe-se, então, que o Direito Privado deveria ser interpretado de acordo com os paradigmas estabelecidos na Constituição Federal. Infere-se, portanto, que a Constituição Federal não representa apenas uma carta política, mas o arcabouço jurídico que se enquadra como uma diretriz dogmática para os todos os ramos do Direito.

Foi a chamada Constitucionalização do Direito, surgindo uma forma de ver a sociedade, cujos ideais comuns se sobrepõem aos anseios individuais.

O Código Civil Brasileiro de 2002 compatibiliza uma posição inovadora se comparado com o Código Civil anterior, pois, estabelece uma construção normativa-principiológica em vários momentos, impulsionando o Magistrado impregnado pela concepção social adotada a solucionar os casos postos a sua apreciação sem o rigor positivista. Sua atuação é notável, ao concretizar os valores éticos na aplicação do Direito, procurando dar contornos de maior flexibilidade no ato de decidir, que não representa apenas subsumir o fato à norma, mas interpretar de acordo com os valores éticos e morais daquela sociedade em determinado momento, o que representa a decisão mais justa. Não há, portanto a plenitude normativa que configurou o Código anterior. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro de 2002 representou um avanço com a inclusão das chamadas cláusulas abertas.

Essa utilização de cláusulas abertas por certo formaliza um compasso com os valores defendidos por aqueles que têm o sistema jurídico da *Common Law*, em que há tradição das referidas cláusulas. Por outro lado, os críticos desse modelo indagam se a segurança jurídica não fica de certo modo ameaçada com o apoderamento dos juízes ao decidir conforme sua íntima convicção do que é justo, deixando de lado o preceito da separação dos poderes.

A letra da lei, assim, passa a fruir de maior perenidade, pois será modificado seu espírito de acordo com a mudança da sociedade ou do grupamento social que a utilize. Não se pode deixar de lado que o Brasil é um país continental e não existe perfeita uniformidade social em todos os seus refúgios. Sendo assim, sem ferir a

norma é possível ao Juiz observar o contorno da norma, ajustando a necessidade de seu tutelado em razão dos valores culturais existentes naquele ajuntamento legal.

Os aplicadores do Direito assumem papel de relevância, pois são aqueles que compatibilizam ferramentas jurídicas na busca pela Justiça. Tal fato foi e é questionado até os dias de hoje, como será dado relevo em um momento posterior.

Buscou-se, com o novo Código Civil, reconfigurar a linguagem privatista do Código Civil anterior, este baseado, principalmente, em tipos legais e não em princípios e valores.

Pode-se dizer que no novo Código elaborado ocorreram mudanças significativas em algumas áreas, apesar do sentimento de preservação existente à época, especialmente no que tange ao Direito de Família e na defesa dos Direitos da Personalidade.

Como aspecto relevante para o presente trabalho e dentro do contexto das mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, podemos citar a elaboração de um capítulo destinado à proteção dos direitos da personalidade, que se encontram embasados nos princípios constitucionais garantidos após a formação da Constituição de 1988.

Assim, são tais direitos disciplinados em capítulo próprio: o novo código passa a dispor sobre os chamados direitos da personalidade, "intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária", estabelecido no artigo 11 (BRASIL, 2012), com exceção dos casos previstos em lei, aí incluídos o direito à integridade do próprio corpo, direito ao nome, direito à privacidade; proíbe "os atos de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariarem os bons costumes", como trazido pelo artigo 13. (BRASIL, 2012).

Dentre as várias modificações observadas, outra que roçou destaque e toma importância no contexto, foi a referente ao Direito de Família, como a atinente ao estabelecimento da figura do poder familiar, em substituição ao denominado pátrio poder, prestigiando a orientação constitucional de equivalência de direitos e deveres entre o homem e a mulher. Enquanto o Código Civil de 1916 faz referência ao "homem", o código que entra em vigor, em seus artigos 1630 a 1638, emprega a palavra "pessoa" (BRASIL, 2012). A mudança estaria em consonância com a Constituição Federal de 1988, que estabelece em seu artigo 5º, I, que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (BRASIL, 2012).

Há, ainda, a formação de uma nova concepção para o casamento: o objetivo deixa de ser apenas a constituição da família, que pode ser formada de outras formas, mas passa a ser o de estabelecer uma comunhão de vida entre os cônjuges. A nova legislação, especificamente no artigo 1.511, estabelece que o casamento é a "comunhão plena de vida"(BRASIL, 2012).

O estabelecimento da entidade familiar pela constituição da união estável também mereceu disciplina expressa com a fixação de tempo de convivência. O novo código estabelece que a família abrange as unidades familiares formadas por casamento, união estável ou comunidade de qualquer genitor e descendente, acabando com expressões discriminatórias. Segundo o Código de 1916, a "família legítima" seria aquela formada pelo casamento formal, que seria o eixo central do direito de família, enquanto segundo o novo código, a expressão "família" ou "entidade familiar" seria utilizada para designar aquelas formadas pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, como também pela união estável, e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Mesmo tendo ocorrido certas mudanças e inovações, alguns temas não foram tratados por não estarem ainda consolidados, como exemplo a união e o casamento de homossexuais. Certamente, tais matérias, dentre outras, estariam sujeitas, ainda, a profundas modificações, que provavelmente viriam de leis específicas ou mudanças que poderiam ser trazidas pelo Poder Judiciário.

Por fim, verifica-se que Código Civil Brasileiro de 2002 rompe com a dogmática do Código Civil de 1916, procura humanizar as relações intersubjetivas, evidenciando o elemento subjetivo, atendendo a postulados de boa-fé, valorizando os princípios que antes eram rechaçados em prol da positividade e de uma suposta segurança jurídica. Com a atualidade da lei civil, a opção do legislador foi firmada no sentido de maximizar a busca pela Justiça e pelo bem estar social. E assim, como ficariam os direitos daqueles que não foram abarcados pelas mudanças legislativas que se perpetraram durante o século XX?



### **3 A EVOLUÇÃO DO CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO NO CONTEXTO MUNDIAL**

A questão dos direitos dos casais formados por pessoas do mesmo sexo é assunto recorrente em todo contexto mundial. A título de enriquecimento do presente trabalho, será exposto neste capítulo, de forma sucinta, o tratamento dado ao casamento civil homoafetivo ao redor do mundo.

A introdução do casamento homoafetivo tem sido distinta em cada jurisdição, resultante de alterações legislativas às leis matrimoniais ou através de julgamentos embasados em garantias constitucionais de igualdade, ou a vinculação dos dois fatores.

A primeira alusão da realização de casamentos do mesmo sexo na História ocorreu durante o início do Império Romano, onde se narrava que o imperador Nero envolveu-se em uma cerimônia de casamento com um de seus escravos. Todavia, o casamento entre dois homens não possuía legitimidade jurídica no direito romano, salvo, como relatado no caso, em que a legitimidade surgia a partir da vontade do imperador.

No final da década de 90 e no início dos anos 2000, foram debatidas em inúmeros países as tentativas de legalizar ou tolher o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A Holanda, em abril de 2001, foi o primeiro país que autorizou o casamento civil homoafetivo, isso, após elaborar, em 1998, uma união civil aberta aos casais. A ideia foi acompanhada pela Bélgica, em junho de 2003, pela Espanha e Canadá, em julho de 2005, pela África do Sul, Noruega, Suécia e Islândia.

Em Portugal, em junho de 2010, entrou em vigor uma lei que alterou a definição de casamento, suprimindo a referência legal “de sexo diferente”. Já nos Estados Unidos e no México, que adotam o sistema federativo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é autorizado em alguns Estados, como no caso do Distrito Federal do México e dos Estados americanos de Iowa, Connecticut, Massachussetts, Vermont, New Hampshire e da capital Washington - sete dos 50 Estados dos Estados Unidos da América. Na América Latina, no dia 15 de julho do ano de 2010, a Argentina se tornou o primeiro país da a autorizar o casamento homossexual.

A mais recente votação ocorreu em fevereiro deste ano, na França, em que a Assembleia Nacional do país aprovou o projeto de lei que permite o casamento

civil homoafetivo, que prevê, em seu primeiro artigo que o casamento pode ser contraído por duas pessoas de sexos diferentes ou do mesmo sexo. Tal projeto ainda necessita da aprovação do Senado, onde pode ser rejeitado.

Essa pequena explanação demonstra a mudança da concepção dos países que, livres de preconceitos e pautados nos princípios garantidores da igualdade e liberdade, asseguram às minorias seus direitos. No Brasil essa evolução legislativa ainda não é vista, o que torna a ação judicial o único meio dos homossexuais conseguirem a tutela de seus direitos, como expôs o Ministro Luís Felipe Salomão em seu voto como relator no REsp 1.183.378/RS:

Nesse campo, a bem da verdade, o Brasil ainda caminha a passos lentos para o reconhecimento legal dos direitos dos pares homoafetivos, contrariamente ao que fizeram diversos países que se adiantaram no reconhecimento legal ou do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou das chamadas "parcerias domésticas" entre homossexuais, em alguns países chamadas uniões registradas, parcerias registradas, acordos de beneficiários ou ainda beneficiários recíprocos. (BRASIL, 2011; p.24)

## 4 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS: DEFESA DAS MINORIAS

Os princípios constitucionais, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 2006, p. 147)

Passa-se, agora, à análise dos princípios fundamentais existentes em nossa Constituição Federal, haja vista a destacada relevância que possuem para o presente trabalho.

### 4.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Em seu aspecto formal, é considerado através da denominada igualdade perante a lei, que estabelece a aplicação do Direito vigente a todos, sem que sejam consideradas as características pessoais de cada cidadão. Assim, todos os destinatários do comando legal seriam regulamentados de modo universalizado e abstrato, não sendo consideradas as particularidades existentes. O resultado que se obtém é o da regulação igual de situações subjetivas e objetivas desiguais.

Criado para impedir a continuidade dos privilégios concedidos ao Clero e à Nobreza durante o período feudal, trouxe ao Legislador total liberdade para estabelecer quais seriam aqueles iguais e desiguais, visto que a lei disporia acerca da matéria sem nenhuma restrição, sequer constitucional.

É notório que a referida concepção do princípio da igualdade, extremamente legalista, ensejou o poder de criar discriminações e arbitrariedades, estas completamente contrárias à dignidade da pessoa humana. Assim, a igualdade tratada de maneira formal nada acrescenta à questão da justiça ou da injustiça.

Já em seu aspecto material, o princípio da igualdade estabelece a máxima trazida por Aristóteles, *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”*, definindo que deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontrem em situação análoga, enquanto que aos que se encontrem em situação distinta deve ser dado tratamento jurídico diferente. É a chamada igualdade na lei. (VECCHIATTI, 2012)

Par tanto, Celso Antônio Bandeira de Mello trouxe o critério trifásico cumulativo, no qual é eleito, em um primeiro plano, um critério de diferenciação, também chamado de fator de desigualação, entre o grupo discriminado e os demais; deve, ainda, existir uma correlação lógico racional entre o critério distintivo eleito e a discriminação a ser introduzida; por fim, importante que sejam critérios condizentes com os ditames constitucionais. (MELLO, 2003).

Nas palavras de Celso Antônio:

[...] é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto. [...] Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impede que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia. (MELLO, 2003, p.38 e 39)

Por outro lado, a referida lição deve ser complementada com a ponderação trazida por Canotilho, no sentido de que o princípio da isonomia não se resumiria somente à proibição do arbítrio, como também à função social da igualdade. Aponta o Autor que, quando a disciplina legislativa favorecer alguns indivíduos e restando omissa em relação a outros, impor-se-á à Jurisdição e à Administração que supram a lacuna legal por intermédio da analogia, só devendo dita lei ser declarada nula quando as vantagens legais não puderem ser estendidas pela aplicação analógica aos casos ou grupos reconhecidos como portadores dos mesmos pressupostos daqueles já contemplados pela disciplina legal (CANOTILHO, 2001)

Nas palavras de Walter Claudius Rothemburg (*apud* STARLET, 2009, p. 309) :

A igualdade significa, portanto, evitar discriminações injustificáveis, proibindo-se o tratamento desigual de quem esteja numa mesma situação, bem como promover distinções justificáveis, oferecendo um tratamento desigual para quem esteja numa situação diferenciada (injusta).

Formar-se-ia, com o emprego de tais critérios, uma discriminação juridicamente válida, que é reforçada pelo pluralismo social constitucionalmente adotado e reconhecido, sendo certo que, quando a Constituição Federal consagra

uma sociedade plural, assegura implicitamente e protege o direito das pessoas usufruírem plenamente suas diferentes escolhas, sem que qualquer autoritarismo uniformizante tenha algum respaldo constitucional. O moralismo majoritário não teria como justificar discriminações pelo fato de as práticas realizadas pela minoria estarem supostamente ofendendo a moral do grupo dominante.

Nota importante faz-se acerca das evoluções sobre aquilo que é isonômico e aquilo que não é. O que é considerado isonômico em certa época poderá não ser mais em épocas futuras. O contexto social está em constante mudança, o atual é diferente daquele do passado.

Nesse sentido, como abordagem do presente trabalho, tem-se que o entendimento humano sobre a homossexualidade também progrediu, não se vislumbrando mais razões, sob o prisma do princípio da igualdade, para se negar direitos às uniões homoafetivas pelo simples fato de serem formadas por duas pessoas do mesmo sexo, na medida em que essas uniões são tão “humanas” quanto às outras, as de pessoas do mesmo sexo.

A partir do momento em que o ordenamento jurídico consagra a igualdade como um preceito fundamental, todos aqueles que se encontram em situações igualitárias ou fundamentalmente idênticas, devem receber o mesmo tratamento jurídico.

#### 4.2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

O Princípio da Proporcionalidade tem como escopo servir como controle dos atos estatais, no sentido de apurar a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito das medidas em debate, solucionando o conflito entre os direitos fundamentais postos em debate, sacrificando-se aquele menos relevante ao caso concreto.

Em seus subprincípios a adequação significa que a medida impugnada deve ser apta a atingir o fim por ela pretendido; a necessidade apregoa que deve ser utilizado o meio menos gravoso para se atingir aquele fim; a proporcionalidade, por sua vez, significa que o que se ganha com a restrição deve ser maior do que o que se perde com ela, através de uma ponderação entre os direitos em conflito, apurando-se qual deverá ser sacrificado por ser menos relevante ao caso, de modo a extinguir a controvérsia existente.

Uma discriminação somente será juridicamente válida, em consonância com o aspecto material da isonomia, se respeitar os conceitos do princípio da proporcionalidade.

É essa a lição de Luís Roberto Barroso:

De plano, portanto, não será legítima a desequiparação arbitrária, caprichosa, aleatória. O elemento da discriminação tem de ser relevante e residente nas pessoas por tal modo diferenciadas. Não pode ser extremo ou alheio a elas. [...] De parte isto, tem de haver racionalidade na desequiparação, vale dizer: adequação entre meio e o fim. [...] A desequiparação, ademais, terá de ser necessária para a realização do objetivo visado, vedado o excesso, isto é, o tratamento diferenciado além do que é imprescindível. [...] E, por fim, terá de haver proporcionalidade em sentido estrito. É imperativo que o valor da desequiparação seja mais relevante do que o que está sendo sacrificado. [...] (BARROSO, 2006, p. 244)

Seria o Princípio da Proporcionalidade, destarte, uma forma de controle dos atos públicos que visam invalidar aqueles que se mostrem inaptos a obter o fim pretendido, que sejam mais rigorosos que outros passíveis a atingir o objetivo e, ainda, aqueles cujos direitos que visam proteger sejam de menor importância do que os outros direitos em conflito. Apenas obedecendo aos ditames do referido princípio é que se terá uma discriminação proporcional, ou seja, juridicamente válida.

#### 4.3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Constitui o princípio basilar de todo Estado Democrático de Direito, que consagrado garante a todos o direito à felicidade, de uma maneira geral, abrangendo uma diversidade de valores existentes na sociedade.

Trata-se de um conceito adequável à realidade e a modernização da sociedade, devendo estar aliado com a evolução e com as necessidades do ser humano. Desta forma, preceitua Ingo Wolfgang Sarlet, ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” (SARLET, 2007. p.62.)

A Dignidade da pessoa Humana seria um limite para a atuação estatal, que não pode usurpá-la, como também um dever de prestação do Estado, que deve efetuar todas as medidas necessárias a garantir que todas as pessoas humanas tenham sua dignidade respeitada por toda coletividade, Todavia, também não pode ser vista sob um aspecto absoluto, visto que está sujeita a ponderações sempre quando um terceiro, como juiz, legislador, administrador, irá decidir qual o verdadeiro conteúdo da dignidade e se houve sua violação no caso concreto.

No Direito de Família toma relevância, pois, como já falado, com a evolução da família vista da forma patrimonialista, em que se visava unicamente garantir a perpetuação da espécie, foi valorizada a pessoa humana em si, com a preocupação com aquilo que efetivamente satisfaz a felicidade das pessoas: o amor, solidariedade, respeito etc. Um exemplo da evolução seria a admissão do divórcio, isso após um longo tempo de demonstração na realidade social de que muitos casais encontravam-se infelizes na união matrimonial, que era, até então, indissolúvel. Reconheceu-se, ainda, o caráter jurídico-familiar da união estável, restando garantidos muitos direitos anteriormente só garantidos ao casamento civil.

Como exemplo dessa evolução tem-se também o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, no qual restaram explícitas a importância e a aplicação do princípio em comento, como se pode extrair do voto do Ministro Celso de Mello:

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição dos direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1976. [...] (BRASIL, 2011, p. 35 - 36)

Este princípio constitui, assim, um dos objetivos centrais do Estado Republicano do Brasil, como valor máximo do ordenamento jurídico, apregoado no artigo 1º, III, da Constituição Federal.<sup>7</sup>

Fica claro, portanto, que é inadmissível que se subjuguem as minorias em função do que a maioria pensa ser a forma mais adequada para suas escolhas, sob pena de afronta à dignidade humana das primeiras. Cada indivíduo possui uma autonomia que vem garantir o direito de lidar com seus gostos, opiniões e forma de viver a vida, portanto o direito de ser respeitado pelos demais membros, respeitados também o direito de terceiros.

#### 4.4 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A interpretação conforme a Constituição estabelece ao aplicador de determinado texto legal que, quando se encontrar com normas com significados e sentidos diversos, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. Assim, existindo duas ou mais interpretações possíveis de um texto legal, deve-se sempre adotar aquela interpretação que esteja consentânea com o texto constitucional. Assim, se uma lei possuir duas interpretações, uma em conformidade com a Constituição e outra desconforme, não precisará ela ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional.

Neste sentido, a interpretação conforme a Constituição só é aplicável quando a norma refutada admite, dentre as várias interpretações existentes, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é homogêneo.

Muitos defendem que tal princípio deva sofrer uma relativização quando se traz à discussão a Teoria da Separação dos Poderes, no sentido de que, se o Legislador tiver sido claro no seu intuito, o intérprete não poderia dar ao texto normativo uma interpretação diversa da pretendida, ainda que fosse a única em consonância com a Constituição, visto que isso configuraria uma usurpação da competência do Poder Legislativo. Tendo o Parlamentar mandato popular,

---

<sup>7</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.



diferentemente do juiz-intérprete, teria a legitimidade democrática que carece ao Judiciário.

Entretanto, os textos normativos nem sempre correspondem a todos os fatos que devem ser tutelados por eles, pelo que o que deveria ser considerado seria o valor dado à norma pelo Legislador e não aos fatos elencados. Ou seja, pelo simples motivo do Legislador ter trazido apenas fatos nas normas não significa que as demais situações fáticas não citadas não poderiam ter para si estendido o regime jurídico.

Entendimento diverso desconsideraria o apregoado no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>8</sup> e do art. 126 do Código de Processo Civil<sup>9</sup>, que trazem os institutos da interpretação extensiva e da analogia, que visam justamente garantir que situações absolutamente idênticas, mas que não foram citadas no texto de forma expressa, recebam o mesmo tratamento jurídico por possuírem o mesmo valor.

Considerando, ainda, que a interpretação extensiva e a analogia são equivalências ao princípio da igualdade, então a interpretação conforme também se configuraria como medida apta a garantir a isonomia jurídica.

Pode-se citar, sobre o tema em comento, parte do voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, que reconheceu que o Supremo Tribunal Federal, quando realiza a interpretação conforme a Constituição, atenta-se, somente, aos limites literais do texto normativo e não à vontade do Legislador:

[...] Portanto, é certo que Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. [...] Eu comemoro e comungo também desse entendimento. É sabido que sou um crítico ferrenho daquele argumento de que, quando em vez,

---

<sup>8</sup> Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

<sup>9</sup> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

lançamos mão: de que não podemos fazer isto ou aquilo porque estamos nos comportando como um legislador positivo ou coisa que o valha. Não há nenhuma dúvida de que aqui o Tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que provisoriamente, pois se espera que o legislador autêntico venha atuar. Mas é inequívoco que o Tribunal está dando uma resposta de caráter positivo. Na verdade, essa afirmação – eu já tive oportunidade de destacar – tem que ser relativizada diante de pretensões que envolvem a produção de norma ou a produção de um mecanismo de proteção. Deve haver aí uma resposta de caráter positivo. E o sistema jurídico, de alguma forma, falha na composição desta resposta aos cidadãos, e se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político nessa inação, óbvio que a resposta só pode ser de caráter positivo. (BRASIL, 2011, p. 10- 11)

## 5 A TUTELA DA FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No presente capítulo vai-se discorrer acerca da proteção oferecida à família pelo ordenamento brasileiro, passando, inicialmente, pela evolução de seu conceito.

### 5.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Como já visto no segundo capítulo, a família inicialmente codificada visava apenas garantir o padrão econômico da época, ou seja, era somente um núcleo para produção, para sustento do modelo capitalista, não se preocupando com o bem-estar de seus componentes. O intuito era meramente patrimonialista.

Porém, a evolução da sociedade trouxe com ela a evolução da própria família. Foram surgindo as chamadas “uniões de fato”, que na época não possuíam qualquer regulamentação, tanto no campo do Direito de Família, quanto no campo do Direito das Obrigações.

Com o ingresso da mulher no mercado de trabalho, as regras de convívio familiar passaram a ser revistas pelo próprio casal, e a função primordial passa a ser o desenvolvimento de valores morais e afetivos, enfatizando a assistência recíproca.

Ao mesmo tempo, com a valorização do afeto e não do patrimônio, as famílias extrapatrimoniais passaram a ser cada vez mais recorrentes, mesmo sem qualquer regulamentação sobre o tema. Tal situação de desamparo jurídico obrigou a Jurisprudência a criar soluções, buscando maneiras de evitar o reconhecimento ilícito de uma das partes, especialmente do concubino.

Contudo, em nenhum tempo reconheceu tais relações como entidades familiares, mas sim, por exemplo, reconhecendo o direito a indenização por serviços prestados, em analogia ao Direito do Trabalho, ou reconhecendo a existência de uma sociedade de fato, em que deveria haver, ao final da relação, o recebimento de uma “quota” pela concubina, em analogia com o Direito Comercial. Surgiu, assim, como forma de garantir a essas relações concubinas o mínimo de proteção, a Súmula 380, pelo Supremo Tribunal Federal, que traz em sua redação: *“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”*.(BRASIL, 2012).

Mesmo com o não reconhecimento de tal situação, o número de relacionamentos extrapatrimoniais era cada vez maior, o que fez a Doutrina e

também a Jurisprudência reconhecerem como entidade familiar tais relacionamentos afetivos, por mais que não reconhecessem sua “legitimidade”.

Essa evolução adquirida, em que a base da constituição da família passou a ser o amor, o afeto e não mais a procriação, veio demonstrar que não havia mais a possibilidade de se formar apenas um tipo de relação familiar.

Isso é traduzido nas palavras da doutrinadora Maria Berenice Dias:

Cada vez mais a ideia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e o estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer os filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. É preciso achar o elemento que autorize reconhecer a origem do relacionamento das pessoas. [...] O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Este referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios; gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade após o desaparecimento da família patriarcal que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas. [...] A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, da competência em dar e receber amor. A família continua, e mais empenhada que nunca, em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade.” (DIAS, 2005, p 15-35)

O grande marco para o reconhecimento dos outros núcleos familiares foi a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna de 88 deixa de considerar o casamento como o requisito sem o qual é conferida legitimidade à família. Em seu art. 226<sup>10</sup>, foi consagrado o

---

<sup>10</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

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

princípio da pluralidade de entidades familiares, em que se reconheceu que mais de um tipo de relação forma uma família que deve ser juridicamente protegida. Garantiu, dessa forma, proteção a todas as uniões que se enquadrassem no conceito de família.

Com isso, a ideia de que somente o casamento civil traria legitimidade à família restou superada.

A discussão cinge-se, agora, na taxatividade do referido artigo. Deveria a proteção disposta no artigo ser estendida a todas as variações do fato jurídico exposto na norma, não explicitamente citadas, visto que se tratam de situações idênticas ou semelhantes? Ou a Constituição Federal teria previsto apenas a família formada por homem e mulher, ou seja, a família heteroafetiva?

## 5.2 A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA HOMOAFETIVA NO SISTEMA BRASILEIRO

A nossa legislação é omissa em relação à união e ao casamento homoafetivo, caracterizando-se uma lacuna legislativa no que se refere à relação entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.

Apenas são vistos projetos de lei, como o de nº 1.151/1995, apresentado pela então Deputada Marta Suplicy, que se encontra sem maiores evoluções. Há, também, o projeto de lei chamado Estatuto das Famílias (PL 674/2007), que pretende revogar a parte do Direito de Família do Código Civil atual para criar um microsistema específico relacionado ao tema, o qual previa, em sua redação originária, a união homoafetiva como entidade familiar autônoma.

Entretanto, constituem apenas projetos de lei, e, ante a não regulação do tema, muitas são as discussões e diferentes são os entendimentos jurisprudenciais acerca da possibilidade de serem reconhecidos direitos a essas minorias não protegidas pelo Legislador.

---

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

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

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Grande progresso foi obtido com o julgamento da ADPF 132 e ADI 4277, em que houve o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime concernente à união estável entre homem e mulher, regulada no art. 1.723 do Código Civil brasileiro<sup>11</sup>. Houve diferentes formas de fundamentação para tal equiparação, como a interpretação conforme a Constituição Federal, proteção dos direitos fundamentais e existência de uma lacuna legislativa que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais próximo, a união estável.

Alguns votos se fundamentaram na interpretação conforme a Constituição, de acordo com o pedido formulado nas petições iniciais de ambas as ações. Outros votos foram diferentes, apontando que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser considerada união estável homoafetiva, mas sim, deveria ser considerada união homoafetiva estável. Ainda apontou-se que a constitucionalidade da união homoafetiva como entidade familiar possuía suporte nos direitos fundamentais. Argumentou-se, também, no sentido de existir uma lacuna legislativa, que deveria ser suprida por meio da analogia com o instituto mais aproximado, a união estável e, por fim, existiu entendimento de que se deveria aplicar extensivamente o regime jurídico da união estável. Todos os entendimentos, com a sua variedade de fundamentações, levaram a um mesmo resultado: a submissão da união homoafetiva ao regime jurídico da união estável.

Ao julgar procedentes as duas ações constitucionais, o STF deu ao art. 1.723 do Código Civil brasileiro interpretação conforme a Constituição para apartar qualquer entendimento que obste o reconhecimento da "união contínua, pública e duradoura" entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Assim, restaram, para todos os fins de direito, as uniões homoafetivas equiparadas às uniões heteroafetivas.

Após tal decisão, não houve nenhum outro julgado que tenha negado a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, até porque a decisão do Supremo Tribunal Federal possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, sendo, portanto, de obediência obrigatória em todo território nacional.

---

<sup>11</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Quanto ao casamento, as decisões ainda não são uníssonas entre os Magistrados, mas com o julgamento da ADI 4277, pelo STF, ocorreu evolução na tutela do tema, como o reconhecimento da licitude do casamento civil homoafetivo no julgamento do REsp 1.183.378/RS, primeiro a reconhecer esse direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mediante o apontamento de que os dispositivos legais que regulamentam o casamento civil não vedam expressamente essa forma de casamento, não havendo qualquer vedação implícita, sem que haja a quebra dos preceitos fundamentalmente garantidos na Carta Magna.

Vê-se, assim, que o ordenamento jurídico brasileiro nada dispõe acerca da união e do casamento homoafetivos, não os proibindo, mas não trazendo nenhum tipo de disposição expressa sobre o tema. Como consequência, os direitos dos casais homoafetivos têm que ser decididos em Juízo, agora especialmente no que diz respeito ao casamento.

## 6 O CÓDIGO CIVIL E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO

O artigo 1.514 do Código Civil de 2002 estabelece que: *“O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”*. (BRASIL, 2012, p. 355)

De forma concisa a lei civil define o casamento como um contrato que implica necessariamente duas pessoas de sexo diferente – homem e mulher -, omitindo da instituição a união entre dois homens, ou entre duas mulheres, sendo a partir dessa relação que parte da Doutrina e da Jurisprudência entende que a diversidade de sexos é requisito para o casamento civil, havendo uma proibição, mesmo que de forma implícita, no referido dispositivo legal.

Outro não foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando, em grau de apelação, manteve a sentença que indeferiu o pedido de habilitação, ao entendimento de que somente seria possível o casamento civil entre homem e mulher, o que ensejou o REsp 1.183.378/RS. Vejamos a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAMENTO HOMOSSEXUAL. HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL QUE TIPIFICAM A REALIZAÇÃO DO CASAMENTO SOMENTE ENTRE HOMEM E MULHER. Ao contrário da legislação de alguns países, como é o caso, por exemplo, da Bélgica, Holanda e da Espanha, e atualmente o estado de Massachussetts, nos USA, que prevêm o casamento homossexual, o direito brasileiro não prevê o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na hipótese, a interpretação judicial ou a discricionariedade do Juiz, seja porque ângulo se queira ver, não tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasão da esfera de competência do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação (harmônica) dos poderes. Ainda que desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, não passa, a hipótese, pelo casamento, instituto, aliás, que já da mais remota antiguidade tem raízes não somente na regulação do patrimônio, mas também na legitimidade da prole resultante da união sexual entre homem e a mulher. Da mesma forma, não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontra identificação no plano da existência, isto é, não constitui suporte fático da norma, não tendo a discricionariedade do Juiz a extensão preconizada de inserir



elemento substancial na base fática da norma jurídica, ou, quando não mais, porque o enunciado acima não cria direito positivo. Tampouco sob inspiração da constitucionalização do direito civil mostra-se possível ao Juiz fundamentar questão de tão profundo corte, sem que estejam claramente definidos os limites do poder jurisdicional. Em se tratando de discussão que tem centro a existência de lacuna da lei ou de direito, indesviável a abordagem das fontes do direito e até onde o Juiz pode com elas trabalhar. Ainda no que tange ao patrimônio, o direito brasileiro oferta às pessoas do mesmo sexo, que vivam em comunhão de afeto e patrimônio, instrumentos jurídicos válidos e eficazes para regular, segundo seus interesses, os efeitos materiais dessa relação, seja pela via contratual ou, no campo sucessório, a via testamentária. A modernidade no direito não está em vê-lo somente sob o ângulo sociológico, mas também normativo, axiológico e histórico. APELAÇÃO DESPROVIDA. (BRASIL, 2009).

A Doutrinadora Maria Helena Diniz, também possui opinião no mesmo sentido:

O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo dos nubentes (CC, arts. 1.514, 1.517, 1.565; CF, art. 226, §5º), *embora não haja nenhuma referência legislativa a respeito*, ante a sua evidência essa condição impõe-se por si mesma. Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Nerus e Sporus, convolarem núpcias, ter-se-á *casamento inexistente*, uma farsa. Absurdo seria admitir-se matrimônio entre duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial (grifos do original). (DINIZ, 2007, p.52)

Certo é que, segundo o Código Civil, em seu conceito de casamento, foi levada em consideração apenas a família formada por homem e mulher, isso porque quando de sua criação não se acreditava que duas pessoas do mesmo sexo pudessem manter entre si alguma espécie de sentimento, como já foi analisado anteriormente. Poder-se-ia, dessa forma, haver uma interpretação evolutiva do Direito?

Sabe-se que somente com o casamento civil ou a com a união estável um casal pode usufruir dos benefícios concedidos pelo Direito de Família, sendo certo que as relações que não são reconhecidas, nem sequer como união estável, não recebem a proteção do Direito. A ausência de regulamentação do casamento homoafetivo enseja que a ele sejam atribuídos os mesmos efeitos jurídicos do concubinato, instituto considerado como “sociedade de fato”.

No concubinato, a sociedade formada entre ambos é igualada a uma sociedade comercial, sendo que o único direito atribuído ao parceiro é o da divisão dos bens acumulado, desde que se prove quanto monetariamente contribuiu para a

construção do patrimônio comum. Por outro lado, se reconhecidos os direitos inerentes ao casamento, não haverá necessidade da prova da efetiva contribuição, visto que há uma presunção absoluta de mútua contribuição em favor dos consortes, havendo a divisão patrimonial segundo o regime de bens do casal.

Certo é que o casamento civil traz uma presunção da união, ou seja, constitui prova absoluta de que o casal forma uma família, sem que haja necessidade de se apresentar uma prova de que se encontram em união pública, contínua e duradoura, com intuito de constituir família, requisitos para constituição da união estável. Assim, apenas o reconhecimento da união homoafetiva como união estável ainda não resolve todos os percalços que podem ser enfrentados pelo casal formado por pessoas do mesmo sexo.

#### 6.1 DA POSSIBILIDADE DO CASAMENTO HOMOAFETIVO COMO CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A decisão proferida pelo STF na análise da ADI n° 4277 e ADPF n° 142 gerou reflexos em outro instituto, de cunho bastante conservador, que é o casamento civil, pois, se união estável e união homoafetiva possuem o mesmo tratamento, e a primeira pode ser convertida em casamento civil, razões inexistiriam para que se proceda da mesma forma em relação à segunda. Isso, por óbvio, segundo a decisão do STF proferida na ADPF 132, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Inclusive, cabe registrar que a V Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), entre os dias 8 e 10 de novembro de 2011, concluiu, no informativo 526, que *“é possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação”*.

Diante dessa conturbação, qual a solução jurídica mais adequada em caso de pedido de autorização para conversão de união estável em casamento civil entre pessoas do mesmo sexo?

Mesmo diante das informações acima prestadas, ainda há muita polêmica e divergência entre os diversos Magistrados e Doutrinadores, mas, se o Supremo Tribunal Federal equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis, vedando qualquer discriminação entre ambas, e, se a Constituição Federal determina que

seja facilitada a conversão da união estável em casamento, por força da parte final do art. 226, § 3º, não se pode negar a conversão da união homoafetiva em casamento, como consequência da recomendação constitucional e da decisão do Supremo Tribunal, que, repise-se, tem caráter vinculante e efeito *erga omnes*.

Muitos juízes vêm autorizando a permuta da união em casamento, mediante a constatação da existência da união estável homoafetiva, por meio de um instrumento particular ou escritura pública. Assim, para que fosse efetuado o casamento civil, primeiro seria necessária a confecção de um documento comprobatório do relacionamento estável, para, após, ser buscada sua conversão em casamento.

De ser reconhecido, entretanto, que após o julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, não existiriam fundamentos para que a continuidade de tal discussão, que seria infundada, haja vista que a união homoafetiva, tal qual a união estável heteroafetiva, consiste em família conjugal, e esta, como se sabe, é objeto de proteção especial do Estado, por força de determinação constitucional alocada no art. 226 da Carta Magna. Sabe-se, outrossim, conforme já exposto, que o casamento, em virtude dos seus amplos efeitos jurídicos, é o meio pelo qual a família é vastamente protegida pelo Estado.

Por conseguinte, embora seja uma escolha do casal, o Estado teria responsabilidade de converter essa união em casamento quando pleiteada, e desde que, logicamente, presentes os requisitos caracterizadores do núcleo doméstico familiar, quais sejam o vínculo afetivo, a continuidade, a ostensividade, e o intuito de constituir família. Deve agir dessa maneira, por estar vinculado ao mandamento constitucional expresso no §3º do art. 226, bem como à determinação constante no art. 1.726 do Código Civil. Como conclui Paulo Vecchiatti:

É de extrema importância que o Estado reconheça a autoridade de tal conversão. Todavia, muito além de divisar o casamento homoafetivo pela conversão da união homoafetiva, o intuito desta pesquisa está em defender o casamento de forma primária, por meio da habilitação para o casamento de nubentes homossexuais diretamente junto ao Registro Civil, sem a necessidade de se formalizar a união estável para, só então, requerer sua conversão em casamento, o que demandaria muito tempo, bem como restaria desnecessário diante da possibilidade da contração direta do casamento mediante a habilitação junto ao Cartório de Registro Civil. (VECHIATTI, 2012, p. 281)

## 6.2 DO CASAMENTO HOMOAFETIVO MEDIANTE A HABILITAÇÃO DIRETAMENTE NO REGISTRO CIVIL

Diante da dita impossibilidade firmada pelo Código Civil Brasileiro, como acima exposto, como uma solução é apontado o ajuizamento de uma Ação Declaratória de Possibilidade Jurídica de Casamento Civil pelo Procedimento Ordinário, perante à Vara de Família, na qual deverão ser demonstrados os pressupostos de validade para o casamento, como a possibilidade jurídica do pedido por meio da interpretação extensiva ou da analogia, por força dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Deve-se pleitear, ainda, a aplicação da interpretação conforme a Constituição.

Pode-se requerer, também, caso o Magistrado não entenda possíveis os pedidos acima elencados, a declaração incidental de inconstitucionalidade do disposto nos artigos do Código Civil, considerando-se que o sistema pátrio garante tanto a hipótese de controle difuso, com a de controle concentrado, gerando, no caso, uma sentença com eficácia *inter partes*.

A Ação deverá ser Declaratória de possibilidade jurídica, visto que não cabe ao juiz constituir o casamento, já que sistema brasileiro traz uma série de exigências formais preliminares ao casamento civil, como, entre outras, a expedição de proclamas com abertura de prazo para objeções. A sentença proferida determinará, dessa forma, que o Cartório de Registro Civil competente aceite o pedido de habilitação para o casamento e inicie os procedimentos exigidos pela lei, da mesma forma que acontece para os casais heteroafetivos.

Importante ressaltar que deve haver a obtenção de uma negativa para habilitação no Cartório de Registro Civil, para que não se corra o risco de indeferimento da inicial por falta de interesse de agir, uma das condições da ação, e a conseqüente extinção do feito sem resolução de mérito.

No julgamento, a primeira solução seria a de deferimento do pedido, utilizado o mesmo ensinamento proposto pela Corte Suprema, ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, no sentido de que a referência constitucional à dualidade básica de sexo homem/mulher, deve-se ao intuito de não se perder a menor brecha para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas, ou declarar a inconstitucionalidade do artigo 1514 do Código Civil em sede de controle difuso de

constitucionalidade, se entender que constitui óbice ao deferimento do pedido, sob o fundamento da dignidade da pessoa humana.<sup>12</sup>

A hipótese negativa seria a de indeferimento da inicial, nos termos do artigo 295, inciso I, *caput* e § único, inciso III do CPC<sup>13</sup>, ao argumento de que a petição inicial seria inepta por impossibilidade jurídica do pedido, já que há vedação expressa à pretensão requerida, tanto pelo artigo 226 § 5º da CF, como pelo artigo 1.514 do Código Civil.

A viabilidade do casamento entre pares homoafetivos requerido através da habilitação direta no registro civil foi o entendimento escudado pelo Superior Tribunal de Justiça. Esta Corte, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, proferido em 25 de outubro de 2011, deu procedência ao pedido de habilitação para o casamento homoafetivo diretamente junto ao Registro Civil, sem que houvesse prévia formalização da união para, então, convertê-la em casamento. Mesmo esta não sendo a primeira decisão que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo de forma direta, é considerada como a mais substancial pela Doutrina, já que proferida pelo Tribunal cuja competência está na interpretação das leis federais.

A referida decisão, em comento no presente trabalho, deu provimento ao recurso das autoras ao argumento de que, conforme o voto do ministro relator Luís Felipe Salomão, a dignidade da pessoa humana em nada é alterada em virtude do uso da sua sexualidade, e que a orientação sexual de cada indivíduo, por não configurar à convencionada pela maioria, não pode ser causa do detrimento da proteção jurídica conferida pelo casamento aos casais homoafetivos.

Não obstante os avanços no contexto do Judiciário, com a equiparação pelo Supremo das uniões formadas por casais do mesmo sexo às entidades familiares, com efeito vinculante e *erga omnes*, bem como a primeira decisão do STJ na defesa do casamento homoafetivo, paira, ainda, o questionamento acerca da inércia do Poder Legislativo.

O fato da tutela dos direitos dos casais homoafetivos se dar somente no âmbito do Poder Judiciário enseja margem à insegurança jurídica em função das decisões destoantes que são tomadas. Muitos julgadores se atêm aos ditames da lei

---

<sup>12</sup> . 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.

<sup>13</sup> Art. 295. A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: III - o pedido for juridicamente impossível.

civil com dispositivos que fazem menção expressa a “homem e mulher”, acreditando que isso é suficiente para respaldar a impossibilidade do casamento homoafetivo no ordenamento pátrio, enquanto outros, por estabelecerem uma interpretação mais progressista, adotam a mesma postura tida pelo STJ em seu recente julgamento.

No mais, discussões surgem acerca dos limites e extrapolação da competência de cada um dos Poderes, na medida em que o Poder Judiciário tende a atuar de forma positiva nas demandas não satisfeitas pelo Poder Legislativo.

## 7 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DEFESA DOS DIREITOS DAS MINORIAS

Assim como ocorreu no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, onde muito se discorreu sobre a possibilidade do Judiciário assumir um papel ativo frente à inércia do Poder Legislativo, também é discutível tal fato dentro da presente seara, na possibilidade do casamento civil entre as pessoas do mesmo sexo.

Afirmou o Ministro Luiz Fux, quando do julgamento das questões constitucionais acima, que:

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. (BRASIL, 2011, p.10)

Certo é que Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos e os seus haveres não têm o batismo da vontade popular, não sendo o órgão do Judiciário dotado de legitimidade. No mais, com excessiva judicialização e a transferência do debate público para o Judiciário há uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. O poder emanaria do povo e não dos juízes.

Por outro lado, a igualdade e o tratamento isonômico pressupõem o direito a ser distinto, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e paradigmas. Outra conclusão não se mostra compatível com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar, como se vê do § 7º do art. 226 da Carta Magna.

É muito defendido que, como se não bastasse a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria, como os homossexuais. Nesse aspecto, o Poder Judiciário exerceria um papel contramajoritário, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das majorias. Mas estaria esse papel ativo em conformidade com a democracia estabelecida no Estado brasileiro? Esse ativismo judicial dos Tribunais Superiores estaria a afrontar o princípio da separação de poderes?

Observa-se que no ordenamento jurídico, pouco ou quase nada existe em amparo aos homossexuais. Diante disso, é testemunhada uma verdadeira guerra de braços, onde a minoria excluída, seja na figura individual ou mesmo representada por grupos militantes homossexuais, apoia e defende a aprovação de um Projeto de Lei que vise garantir a proteção dos direitos nascidos destas uniões, e de outro lado, uma maioria, que prega um conservadorismo, pelo argumento de ofender direitos de terceiros.

O ativismo judicial, certamente, não pode ser exagerado. Há que ser utilizado com prudência e moderação e tomar espaço somente num último momento, como na situação em tela, o que se justifica, entre outras razões, pela inércia do legislativo. É uma maneira proativa de interpretar a Carta Magna, estendendo o seu alcance e sentido, sendo certo que na retração do Poder Legislativo, determinadas demandas minoritárias devem também ser atendidas de maneira satisfativa.

A realização de ativismo judicial tornou-se, no presente caso, uma exigência institucional, quando os órgãos do Poder Público se anulam ou retardam, excessivamente, no cumprimento dos deveres a que estão sujeitos, ainda mais se tiver latente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição omissa, de passividade.

É sabido que projetos de lei tramitam acerca do tema, não agindo o Legislativo de forma a tutelar esses interesses, seja por motivos políticos, sociais ou religiosos. O Legislativo deveria abandonar os conceitos que impedem a formulação de uma tutela dos direitos dos companheiros do mesmo sexo, tomando por base a evolução da interpretação da Constituição, na garantia dos direitos fundamentais.

Dessa forma, em vez de serem desrespeitados e sonegados os direitos fundamentais de muitos cidadãos brasileiros, adquire relevância o papel dos Tribunais Superiores brasileiros, que é o de promover e proteger os direitos fundamentais de todos. Como apregoa Luís Roberto Barroso, uma "eventual atuação contra majoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia" (BARROSO, 2005).

Do mesmo modo, no julgamento do REsp 1.183.378, manifestou-se o relator Luís Felipe Salomão:



Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser comprometido com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. (BRASIL, 2011, p.24)

Portanto, não há como se questionar a legitimidade jurídico-constitucional da decisão proferida pelas Cortes brasileiras, que se traduz em um prestígio pela Constituição e pelos princípios nela insculpidos e a materialização do verdadeiro Estado Democrático de Direito, como será esmiuçado a seguir.

Importante salientar e citar as palavras obtidas em um artigo produzido acerca do tema, de autoria de Marianna Chaves, também produzido após a importante decisão do Supremo Tribunal Federal:

E no caso específico do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 o eventual ativismo judicial se justifica pela absoluta omissão e indolência - para não dizer acovardamento - do Legislativo em relação às questões concernentes à homoafetividade. Basta lembrar que existem, em tramitação, Projetos de Lei que versam sobre as uniões homoafetivas de meados da década de 90. Como referido, o ativismo judicial deve ser utilizado em último caso, mas, na situação em tela, nada mais parecia poder ser feito. Existem nas casas legislativas brasileiras, diversos projetos de lei, proposta de emenda à constituição e nunca sequer ventilou-se a possibilidade de que fossem a votação. Os projetos que não foram arquivados encontram-se perdidos em algum fundo de gaveta, e quando desarquivados, esbarram nas Comissões, cuja maioria esmagadora é formada por parlamentares cujo fundamentalismo moral - especialmente com viés religioso - chancela a sonegação de direitos civis a uma grande parcela da sociedade. (CHAVES, 2011)

O ativismo judicial deve ser uma exceção à regra da repressão do avanço do Judiciário sobre a política, servindo apenas para garantir o exercício da democracia e dos direitos fundamentais e evitando, assim, danos à sociedade por conta da omissão do legislador. Vale ressaltar que é indispensável que a decisão seja bem fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal, pois é isso que irá limitar a interpretação e legitimar essa função jurisdicional excepcional.

Assim, ao operador do direito são permitidos, como parâmetros para a solução jurídica de uma situação nunca antes vista, sobre a qual inexistente regulamentação pelo Poder Legislativo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, que devem ser utilizados dentro dos conceitos estabelecidos pela Carta Maior, o que servirá de fundamento e legitimará a solução que melhor garanta

o direito pretendido, sem deturpações, criações ou mesmo falta de técnica jurídica, podendo, quando muito, potencializar comandos constitucionais, a fim de obter uma interpretação extensiva.

## 8 CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO A PARTIR DA LÓGICA CONSTITUCIONAL E SEUS PRINCÍPIOS – ANÁLISE DO REsp 1.183.378/RS

Com a mudança dos valores imbuídos na Constituição Federal, foi trazida a nova concepção constitucional do casamento. Inaugura-se, em 1988, uma nova fase do Direito de Família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de uma família multifacetária, em que diferentes arranjos são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico denominado "família", recebendo todos eles a proteção do Estado.

Atualmente, a concepção constitucional do casamento, ao invés do que ocorria com as legislações passadas, deve ser necessariamente plural, porque distintas também são as formas das famílias e, além disso, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o mediatório de um objetivo maior, que é a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio maior de um Estado de Direito como o brasileiro.

São as palavras do Relator Luís Felipe Salomão em seu voto no REsp 1.183.378/RS:

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns", quanto à forma de constituição dessa família.

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente da forma pela qual a família é constituída, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Por isso que, em seus parágrafos, o art. 226 da Constituição expõe, exemplificadamente, esses novos arranjos familiares, todos dignos da especial proteção do Estado. [...]

Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. (BRASIL, 2011; p.15-27)

Deve-se abandonar, assim, a interpretação ideológica e restritiva firmada por aqueles que consideram que o art. 1.514 do Código Civil traz como condição de existência do casamento civil a diversidade dos sexos, enxergando que haveria,

assim, uma proibição implícita do instituto, como realizado pelo STJ no julgamento do REsp 1.183.378.

Qualquer discriminação realizada não seria juridicamente válida, uma vez que inexiste fundamentação, uma motivação lógico-racional, para que se aplique o critério discriminador referente ao princípio da isonomia. Isso porque, considerando que a proteção do Direito de Família hoje, conforme exposto, é o amor familiar, o afeto, estão, assim, equiparados aos casais heterossexuais.

Deve-se ser posta em prática uma interpretação dinâmica das normas infraconstitucionais, de modo que, seja realizada uma acareação sistemática com a Constituição Federal, para que, da análise conjunta de todos eles, possa ser deduzida a norma de direito a ser utilizada.

A partir dessa prática de interpretação é que se depreende que os mencionados dispositivos do Código Civil não vedariam expressamente o casamento homoafetivo, e não seria legítimo forçar uma proibição implícita do mesmo, sob pena de serem esquecidos eminentes princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico, da liberdade, da não discriminação, entre outros.

Assim, a dignidade, pautada na ideia de autonomia e no direito de autodeterminação, gera para a pessoa humana o direito de decidir seus projetos de vida, sejam eles quais forem, desde que não infrinjam direitos de terceiros. Por esta ótica, direitos igualitários devem ser outorgados aos homossexuais, como do casamento civil, sem qualquer receio de uma exclusão social.

Tal princípio é basilar e dele decorrem necessariamente os direitos de igualdade, liberdade e fraternidade. A sua tutela e seu reconhecimento, enfim, são pressupostos de todas as gerações de direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Como todo ser humano tem direito ao respeito às suas orientações, e, pela autonomia da vontade, surge também o princípio da liberdade. A liberdade está na escolha livre do indivíduo, a perseguir seus desejos e sentimentos íntimos, sem qualquer mácula e coerção, seja da sociedade, dos familiares, e, claro, do próprio legislador. Está também na autonomia de constituição da própria família, e na autonomia de escolha do modelo de união com o outro indivíduo da forma que melhor lhe traga satisfação pessoal, sem que haja repúdio da sociedade em geral.

Em pleno século XXI, em um Estado Democrático de Direito, no qual as liberdades devem prevalecer, especialmente a liberdade de escolha e autodeterminação, pelo respeito à autonomia privada, vai de encontro aos ditames constitucionais a imposição de determinados comportamentos, assim como a negativa de direitos aos indivíduos que fizeram sua escolha de forma diversa da tomada pela maioria.

No mais, sendo a igualdade um dos princípios norteadores da composição jurídico-constitucional, através da qual culminam os valores de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, os indivíduos devem ter, sem qualquer ingerência do Estado, o poder da escolha. Deve, portanto, o casamento civil ser estendido a todos, independentemente de orientação sexual, posto que entendido como um direito dos indivíduos em geral, e não um privilégio heterossexual.

O princípio da igualdade, elencado no art. 3º, IV, da Carta Magna (BRASIL, 2012, p. 67), como objetivo fundamental da República a promoção do “bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, bem como em seu art. 5º (BRASIL, 2012, p. 68), sob o escudo da dignidade da pessoa humana: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, também deve ser resguardado.

Não é admissível que aos casais homoafetivos não sejam estendidos os mesmos direitos que aos heterossexuais, sobretudo nos cenários jurídico e legislativo. Se todos são iguais perante a lei, inexistente qualquer argumento jurídico apto a afastar os homoafetivos dos direitos civis conferidos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, sob pena de se instituir o absurdo de que todos são iguais, mas os homoafetivos são menos iguais que todos.

Um tratamento diferenciado só poderia existir na ocorrência de uma fundamentação racional que o justificasse, como não acontece no caso, já que ambas as famílias, homoafetivas ou heteroafetivas, estão ligadas pelos conceitos protegidos constitucionalmente, quais sejam, o amor e o afeto. Na falta de fundamentação válida ou no caso de esta ser insuficiente, é de se compreender que, em virtude da igualdade, deve ser aplicado o mesmo regime jurídico a todas as situações.

São as palavras do ministro relator Felipe Salomão, quando do julgamento do já referido Recurso Especial:

De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a auto afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. (BRASIL, 2011, p.02)

O “novo” Direito Civil é formado a partir da adequação da interpretação jurídica ao paradigma do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição da República, que concede essa relevante dimensão aos princípios constitucionais dentro do ordenamento e na sua relação com os diversos ramos do Direito, superando, portanto, leituras tradicionais que defendiam a ideia de desnecessidade de adequação das previsões civilistas aos princípios engendrados na Constituição.

A chamada constitucionalização do Direito Civil consiste, dessa forma, na interpretação da lei civil consoante a Constituição Federal, e não o contrário, a interpretação da Constituição segundo o Código Civil, como ocorria e ainda ocorre com frequência em alguns julgamentos. Com efeito, aqueles que realizam uma leitura civilista da Constituição, e não o reverso, pautam-se em ideais contrários ao casamento homoafetivo, como já explicitado.

Destarte, a constitucionalização do Direito Civil submete o direito positivo à observância dos fundamentos e dos princípios estabelecidos pela Constituição de forma primeira, instituindo, com isso, a garantia da interpretação conforme a Constituição.

Tal entendimento foi o utilizado pelo Relator Luís Felipe Salomão, conforme se infere de parte da ementa do Julgado:

Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. (grifos do original). (BRASIL, 2011; p.01)

## 9 CONCLUSÃO

Inicia-se, com a Carta Magna de 1988 um novo estágio do Direito de Família, dada a constitucionalização do Direito Civil, através da qual as atenções se voltam aos princípios e garantias esculpidos no topo do ordenamento jurídico brasileiro. O Direito Civil, então monopolizador de toda estrutura jurídica, inclusive a prevista constitucionalmente, toma nova roupagem e porque não dizer, nova “personalidade”.

Superam-se as tentativas interpretativas que objetivavam inferir os princípios constitucionais e a própria Constituição a partir das normas consagradas pelo Código Civil, como também pelos demais diplomas infraconstitucionais, pelo que se torna, a Constituição da República, a verdadeira orientadora e norteadora de todo o sistema brasileiro.

Essa transformação vem permitir, assim, a mudança na caracterização das próprias entidades familiares, oportunizando o poliformismo na formação das novas uniões, desvencilhando-as dos antigos laços que as vinculavam à entidade casamento heterossexual, visto como o único meio para se constituir a família.

Como dito, restaram reconhecidas novas formas de família através do rol meramente exemplificativo inscrito no artigo 226 da Constituição da República, a exemplo as famílias monoparentais e as uniões estáveis. Suplantou-se a ideia da conjugalidade e da diferença dos sexos como elementos essenciais a uma entidade familiar, saudando-se, como seu elemento criador, fundamentador e caracterizador, o simples afeto entre os pares. A Lei Maior passa, destarte, a tutelar arranjos multifacetados, desde que aptos a constituírem o núcleo familiar.

Desde então, e em razão da constitucionalização, com a conseqüente supremacia dos princípios da dignidade humana, liberdade e igualdade, os vínculos homoafetivos foram sendo resguardados tais quais as relações heterossexuais. Tal tutela teve marco com a prolação da decisão do Supremo Tribunal Federal, de caráter vinculante e oponível *erga omnes*, que, em sede de julgamento da ADI nº 4.227-DF, ergueu as uniões homoafetivas à condição de união estável, reconhecendo-as, enfim, entidades familiares. Perante a decisão do STF, ampliou-se a controvérsia acerca do casamento dos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Defendeu-se no presente trabalho a evidente possibilidade em face do preceito apregoado no § 3º do art. 226 da Carta Maior, que preconiza a facilitação da conversão da união estável em casamento. Vale dizer, a união homoafetiva, como já reconhecida união estável, vislumbra a possibilidade de ser convertida em casamento por determinação da própria ordem constitucional.

No mais, a defesa foi além do exposto no parágrafo acima, já que, não só presente o casamento homoafetivo pela conversão da união homoafetiva, como também avista esse casamento de forma primária, por meio da habilitação para o casamento de nubentes homoafetivos diretamente no Registro Civil, sem a necessidade de se formalizar a união estável para, depois, requerer sua conversão em casamento, adotando-se, para tanto, um enfoque constitucional, após a tutela do Poder Judiciário.

Tal entendimento foi o firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS. A grandiosa decisão, que se fundamentou na dignidade do indivíduo, não foi a primeira, porém, foi a mais significativa quanto à permissividade do casamento homoafetivo, vez que proferida pela Corte à qual cabe a interpretação das leis federais.

Torna-se, assim, no nosso Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana um dos principais cernes da justificativa a amparar a possibilidade do casamento homoafetivo, sendo uma qualidade inerente à condição humana e valor supremo do indivíduo, apresentando, por isso, caráter absoluto e não podendo ser submetida a qualquer tentativa de relativização.

Qualquer óbice ao acesso dos casais homoafetivos ao casamento é uma distinção carecedora de fundamento lógico-racional e, logo, tende a ser afastada pelos aplicadores do Direito. Não se deve admitir qualquer espécie de diferenciação entre as pessoas em razão da escolha de sexo das mesmas.

Certo é que, negar direitos fundamentais aos indivíduos, em virtude de escolhas não compatíveis com o convencionalizado pela maioria, viola a dignidade, a igualdade, bem como os demais princípios constitucionalmente previstos.

A constitucionalidade do casamento homoafetivo se vislumbra, apesar da ausência expressa de regulamentação nesse sentido. Não obstante as conquistas alinhadas pelos homoafetivos em diferentes searas do direito, o casamento ainda procura vencer o manto do preconceito, pelo que cabe ao Poder Judiciário,



enquanto não devidamente regulamentado o direito dessas minorias, exercer seu relevante papel contramajoritário.

A família, base da sociedade, é que tem especial proteção do Estado, por determinação constitucional, cujo escopo maior é a tutela da pessoa humana em sua inalienável dignidade, permitindo a todos os cidadãos brasileiros um tratamento igualitário.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, Revista de direito do Estado 3:17, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Diferentes mas Iguais. O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. Revista de Direito do Estado, n° 5, 2007, pp. 167 e ss. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs\\_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf](http://pfdc.pgr.gov.br/grupos-de-trabalho/dir-sexuais-reprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf)>. Acesso em 25 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em 23 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed., São Paulo: Editora Saraiva: 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.183.378/RS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132 e ADI 4277. DF, Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Brasília, 13 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n. 70030975098. Relator José Conrado Kurtz de Souza. Rio Grande do Sul, 05 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 13 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Vade Mecum*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para Compreensão das Normas Constitucionais Pragmáticas*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2001.

CHAVES, Marianna. *O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3092, 19 dez. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20672>>. Acesso em 14 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. *União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.896, 6 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19274>> Acesso em: 25 de janeiro de 2013.

DIAS, Maria Berenice. *A democratização do Casamento*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/homoafetividade>>. Acesso em 14 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Manual do Direito das Famílias*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *2011 – Um ano cheio de vitórias!* Disponível em: <[http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads\\_artigo/2011\\_%96\\_um\\_ano\\_cheio\\_de\\_vit%F3rias.pdf](http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/2011_%96_um_ano_cheio_de_vit%F3rias.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 22ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2ª ed – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEITE, George Salomão. STARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). *Direitos Fundamentais e o Estado Constitucional*. São Paulo: RT, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed., 11.ª Tiragem - São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MOREIRA, Isabel; CÔRTE-REAL, Pamplona; D'ALMEIDA, Luís Duarte. *O Casamento entre Pessoas do Mesmo Sexo*. Almedina, 2008.

NOVELINO, Marcelo; FERNANDES FELLET, André Luiz; GIOTTI DE PAULA, Daniel. *As novas faces do Ativismo Judicial*. JusPodivm, 2011.

PACE, Maria Clayde Alves. "*Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo: um breve estudo sobre o direito fundamental de acesso ao modelo de família matrimonializado efetivado pela hermenêutica constitucional*", em *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo*/ Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). Curitiba: Juruá, p. 191 – 210, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 17 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais*. in. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 8, vol. 32, outubro a dezembro de 2007.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2ª ed. Ver e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.