



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE CASAMENTO. PESSOAS DO MESMO SEXO. AUSÊNCIA DE SUPORTE LEGAL.

O sistema legal brasileiro, em particular o Código Civil, não prevê e nem autoriza interpretação no sentido da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ao contrário, os artigos 1.514, 1.517 e 1565, do Código Civil, exigem que o casamento se realize entre homem e mulher. Assim, o casamento entre pessoas do mesmo sexo não encontra amparo na legislação vigente no nosso país.

**PRELIMINARES REJEITADAS, À UNANIMIDADE.
NO MÉRITO, APELO NÃO PROVIDO, POR MAIORIA.**

APELAÇÃO CÍVEL

OITAVA CÂMARA CÍVEL

Nº 70025659723

COMARCA DE PORTO ALEGRE

G.

APELANTE

C.

APELANTE

A.J.

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria, em negar provimento ao apelo, vencido o Des. Presidente.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. RUI PORTANOVA (PRESIDENTE) E DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE.**

Porto Alegre, 11 de setembro de 2008.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA,
Relator.

RELATÓRIO

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA (RELATOR)

G. C. B. e C. D., ambos do sexo masculino, nos autos do pedido de habilitação para o casamento, apelam da r. sentença de fls. 139 a 140 que, por impossibilidade jurídica, não homologou o pedido.

Nas razões recursais, de fls. 142 a 190, alegam que após dois anos de convivência, resolveram casar. Aduzem que o casamento “é a melhor forma de fortalecer os laços afetivos existentes entre si e, ademais, para resguardar direitos patrimoniais e hereditários.” Alegam que o Estado brasileiro, por imposição constitucional, não pode discriminar pessoas em função de sua orientação sexual e que a r. sentença, considerou apenas a legislação infra-constitucional. Afirmam que a negativa de acesso ao instituto jurídico do casamento às pessoas homossexuais carece de embasamento jurídico, devendo o Julgador justificá-la. Sustentam que o artigo 226, caput da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma ampla e irrestrita. Invocam os princípios da igualdade, do pluralismo e da não-discriminação. Manifestam conceituações sobre a visão social e teleológica da família contemporânea e sobre a homossexualidade afirmando, ainda, que a legislação infra-constitucional também não veda o direito ao casamento. Ao final, postulam o provimento do recurso.

Parecer do Ministério Público, no segundo grau, fls. 196 a 198, pelo não conhecimento ou pelo não provimento do apelo.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552 do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCEMDA (RELATOR)

Inicialmente cumpre analisar a alegada preliminar argüida pelo Ministério Público em seu parecer. Aduz o representante do Ministério Público, fls. 196 verso, que *“a rigor, o apelo não deve ser conhecido, porquanto a habilitação para o casamento ‘será feita perante o oficial do Registro Civil e, após a audiência do Ministério Público, será homologada pelo juiz’ (art. 1.526, CC).”* Sustenta, que *“impunha-se que os apelantes tivessem ingressado com o requerimento perante o Oficial registral, como determina a norma civil.”* Afirma, ainda, que os *“requerentes pretendem suprimir a apresentação dos documentos ao Oficial. Postulando diretamente ao juiz, com isso contrariando o art. 1.526, CC, ora prequestionado.”*

A preliminar não procede, devendo ser afastada. Pelo que se constata do exame dos autos, vejo que os apelantes tentaram encaminhar o pedido de habilitação de casamento perante o Oficial do Registro civil, fl. 19, tendo este se negado a receber o pedido, sob a alegação de que o “casamento só poderia se dar entre um homem e uma mulher”. Mesmo que não demonstrada a recusa do Oficial, é plausível que isto tenha acontecido, até porque a lei n. 6.015/73 não prevê a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

De qualquer forma, pelo inusitado da pretensão, que efetivamente não encontra previsão na legislação que regula o serviço extrajudicial, o pedido pode ser conhecido diretamente pelo Juiz da Vara dos Registros Públicos, que, em última análise é quem deveria resolver eventual dúvida suscitada. Aplica-se o jargão popular: “quem pode o mais, pode o menos”.

E mais. Não se pode inibir o direito de acesso à justiça, constitucionalmente assegurado.

Assim, a preliminar de não conhecimento deve ser desacolhida.

No mérito, o apelo não procede.

A sentença de fls. 139 a 140, de lavra do eminente Dr. Antônio Carlos Antunes Nascimento e Silva, que não homologou o pedido de habilitação para o casamento, por impossibilidade jurídica do pedido, deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A matéria tratada neste feito, pedido de habilitação para casamento de duas pessoas do mesmo sexo, é inédita, pelo menos no âmbito deste juízo.

Trata-se de questão impactante, decorrente do momento histórico em que vivemos. Sabidamente, vivenciamos tempos de grandes alterações na forma de vida das pessoas e também na configuração das instituições. Se para melhor ou para pior, só o tempo dirá.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

A Justiça gaúcha, objetivando sempre a concretização do justo, tem sido pioneira no reconhecimento de direitos ainda não consolidados pela legislação pátria, fazendo com que a jurisprudência seja precursora da lei. Exemplo disso foi o trato da união estável como matéria de família, tramitando nas varas especializadas.

Para contemplar o direito novo, mesmo não regrado pelo legislador, o Juiz deve escudar-se na vida e no sentimento das pessoas, reconhecendo os novos costumes e a perspectiva de realização da Justiça no caso concreto.

No caso em julgamento, sabidamente, não temos legislação que contemple a celebração de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo. Também, o nosso sistema legal não autoriza interpretação legal tão abrangente ao ponto de permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, seja por analogia, seja por aplicação direta de preceitos constitucionais. Igualmente, apesar dos avanços dos costumes e das tradições da nossa sociedade, não se vê prática e sentimento médio da população no sentido de compreender e aceitar o casamento solene e legal entre pessoas do mesmo sexo.

A Constituição Federal (arts. 226 e seguintes) e a legislação infraconstitucional, em particular o Código Civil (arts. 1.511 e seguintes), protegem as instituições familiares, quaisquer que sejam. Porém, o mesmo arcabouço legal prevê a **hierarquia** dessas uniões, **dando especial relevo ao casamento que, sem dúvida, é, ainda, a base da família tradicional brasileira.**



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Mesmo assim, a lei não deixa ao desabrigo a união estável, o concubinato ou as novas formas de convivência entre duas pessoas que se ligam pelo afeto.

No dizer do professor Sérgio Rezende de Barros, “... a **Constituição de 1988 admitiu que o casamento não é a única categoria de família. A energia social do afeto levou o constituinte a estender a tutela constitucional: abrigou a união estável e a família monoparental nos parágrafos 3º e 4º do art. 226. Mas, como esse artigo não é exaustivo, a Constituição não impede que a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconheçam outras categorias de família geradas pelo afeto, como a família homoafetiva e a família anaparental (esta última é a que persiste entre os descendentes privados de ambos os pais)**”...Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, pág. 887.

De tudo, penso, que o casamento, entre homem e mulher, face os qualificativos que o envolvem, ainda é o que merece a **proteção maior da lei**, como um princípio básico da constituição da nossa sociedade, até porque, é no casamento tradicional e legal que se busca a proteção da prole e a perpetuação da espécie. Tanto é assim que a Constituição Federal, no seu art. 226, parágrafo 3º, em dando proteção a união estável, determinou que **a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.**

Tenho decidido, em várias ocasiões, favoravelmente ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, mesmo à revelia da lei, que exige união de vidas entre homem e mulher. Assim procedo para resguardar os direitos patrimoniais e sucessórios dos conviventes. Esse reconhecimento, todavia, não importa em afirmar que a



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

união estável esta em pé de igualdade com o casamento. Ao contrário. Entendo que **a união estável é de categoria inferior ao casamento**, como o concubinato é hierarquicamente inferior à união estável.

Também compreendo que o Juiz não pode substituir o legislador. Vivemos num Estado de Direito. Cabe ao Juiz interpretar a lei e não fazer a lei. Situações como esta, que implica em alteração drástica de uma instituição centenária e constitucionalmente regrada, exige reflexão e debate no campo legislativo, onde a sociedade esta regularmente representada. **O legislador sim, com legitimidade, poderá modificar a constituição, criar a lei, até porque submetido aos os mecanismos de controle popular.** A nós, juízes, cabe aplicar e interpretar a lei, não criá-la ou modificá-la.

Ainda, é bom salientar, que a **diversidade de sexos é condição essencial e pressuposto material do ato** (casamento). Se autorizado o pedido conforme postulado, estaríamos diante de uma flagrante nulidade ou até de uma inexistência jurídica.

Em resumo, diante da previsão legal de que o casamento somente pode ser entre um homem e uma mulher, é que **voto no sentido de não reconhecer a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.**

Em face da relevância e especialidade da matéria em debate, e do brilhantismo do parecer de fls. 45/125, produzido pelo **Dr. JOÃO HUBERT JACCOTTET NETO**, agente do Ministério Público que atuou perante o juízo de primeiro grau, peço vênica para adotar o parecer, incorporando-o a esta decisão. Mesmo que o parecer contenha algumas



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

afirmações e conclusões diversas do meu posicionamento quanto a possibilidade do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, no que importa para este julgamento, casamento entre pessoas do mesmo sexo, o trabalho é exaustivo e merece ser incorporado ao voto, como razões de decidir.

Diz, o culto agente do Ministério Público, in verbis:

“Pelos motivos articulados na inicial, pretendendo se casar, os acima nominados, já qualificados, ajuizaram o presente pedido de habilitação para casamento e posterior celebração.

Sustentam, diz-se em apertada síntese, que a Lei n. 6015/73 não lhes veda a pretensão e que a nova Carta Política e a legislação ordinária posterior, alargando o conceito de família, tais como as leis nos. 11.872/2002 (lei estadual), o novo Código Civil e, recentemente, a Lei 11.340/06, permite-lhes a postulação. Citam, ainda, a conclusão de um Juiz de Direito, Dr. Roberto Arriada Lorea, que sustenta a esse último édito legislativo, ao preceituar em seu artigo 5º, que “ *...as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual* ” .

Assim, pedem o deferimento do pedido e, inclusive, o benefício da assistência judiciária gratuita.

(...)

Quanto ao pedido, não tem fundamento. Não há qualquer amparo legal. É absoluta sua impossibilidade jurídica, condição nuclear para a propositura de ação judicial.

Com efeito, os argumentos esposados pelos requerentes, pelo menos neste momento histórico da sociedade brasileira, não tem qualquer sustentação legal. Vejamos:

É certo que com o advento da nova Constituição Federal, em 1988, profunda alteração operou-se nos conceitos de família e na própria realidade social, basta ver a regulamentação do § 3º do art. 226¹,

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

posteriormente, com as Leis nº 8.971, de 29/12/94 e com a de nº 9.278, de 10/05/96, o conceito de família estendeu-se à união estável, que ganhou a proteção legal. Mas essa evolução e alteração e esse alargamento conceitual não permitem possa-se conceber em seu bojo a união de pessoas de mesmo sexo como entidade familiar ou mesmo como união estável, bem como e, especialmente, permitir o casamento entre tais, como se postula no presente feito.

Embora se tenha efetivado alteração no Direito de Família, em verdadeira ruptura a ordem jurídica anterior, bastando observar, v.g., que, hoje, inexistente qualquer discriminação entre os filhos, pois podem ser reconhecidos, ou buscarem esse reconhecimento, a qualquer tempo, não importando a origem da filiação ou o estado civil dos pais, jamais, no entanto, se pode englobar nessa evolução o conceito sequer de união estável a pessoas do mesmo sexo. Isso deve ser salientado.

Com relação a essa evolução, bom lembrar, aliás, o que destacou o Ministro Waldemar Zveiter, em acórdão da 3ª Turma do STJ, em 03.04.90, transcrito na RSTJ 40/236, como consigna Belmiro Pedro Welter²: *“Mudou a época, mudaram os costumes, transformou-se o tempo, redefinindo valores e conceituando o contexto familiar de forma mais ampla que com clarividência pôs o constituinte de modo mais abrangente, no texto da nova Carta. E nesse novo tempo não deve o Poder Judiciário, ao que incumbe a composição dos litígios, com olhos postos na realização da Justiça, limitar-se à aceitação de conceitos pretéritos que não se ajustem à modernidade”*.

Mutatis mutandis, é como já ensinava Pontes de Miranda ao afirmar que: *“O Jurista há de interpretar as leis com o espírito ao nível de seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade-ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro”*.

As Leis nº 8.971, de 29/12/94, e a de nº 9.278, de 10/05/96, também trouxeram modificações no Direito de Família: a equiparação dos cônjuges, a não-discriminação entre filhos e o regime da comunhão parcial de bens.

§ 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.

Notas:

1) A Lei nº 9.278, de 10.05.1996, regulamenta este parágrafo;

2) A Lei nº 8.971, de 29.12.1994, dispõe sobre concubinato - direito a alimentos e à sucessão;

² Welter, Belmiro Pedro, *Investigação de Paternidade*, Porto Alegre, Síntese, 1999, pág.24.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Todavia, a pretensão em foco, por mais largueza que se queira dar ao conceito de família, esbarra inclusive na Carta Constitucional, que determina que até mesmo a união estável para ser reconhecida como entidade familiar exige a convivência pública e duradoura **entre o homem e a mulher**. Não há omissão, portanto, para permitir-se o uso da analogia.

Com isso, no entanto, não se quer dizer que o direito se torne insensível ao fato de duas pessoas do mesmo sexo, unidas por laços afetivos, com divisão de despesas etc, terem uma vida em comum. Não se há de negar, embora escapem da tutela do Direito de Família, efeitos jurídicos das conseqüências dessa relação, que pode ser resolvida no campo do Direito Obrigacional.

Assim, embora as relações homossexuais refujam da tutela do Direito de Família, não o fazem do Direito das Obrigações.

Com efeito, o Direito deve proteger as conseqüências da união homossexual estável, mas sob outro prisma, não sob a ótica do Direito de Família, e o Poder Judiciário deve resolver essa dinâmica social criando o direito e não adequando situações fáticas em institutos jurídicos incompatíveis.

Assim, entendo, embora reconhecendo a existência do amor e da atração sexual entre homossexuais, que os desdobramentos desse relacionamento deverão merecer o devido amparo na legislação civil comum, como sociedade de fato, por exemplo, e não no Direito de Família.

Tal afirmação não está a demonstrar qualquer discriminação ao tema homossexualidade. Todavia, o que não pode ocorrer é a ruptura do sistema que conceitua família e união estável.

Da Impossibilidade Jurídica do Pedido.

Com o advento da nova Constituição Federal, em 1988, assim, profunda alteração operou-se nos conceitos de família e na própria realidade social. O conceito de família estendeu-se à união estável, porém não englobou a união de pessoas do mesmo sexo.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

MIGUEL REALE, diz a Mestra em Direito Civil na Universidade Estadual de Maringá/PR, Dra. Érika Harumi Fugie³, na aula inaugural da Faculdade de Direito de Guarulhos, ao falar sobre o Projeto do atual Código Civil, citado conforme VARELLA⁴, que a união homossexual só pode ser discutida depois de alterada a Constituição: *“a união estável de homossexuais só com mudança na Constituição. ...Há quem diga que o Código é atrasado por não tratar dos homossexuais. A culpa não é nossa. Não podemos mudar a Constituição. A união estável é entre um homem e uma mulher. Se querem estender esse direito aos homossexuais, que mudem primeiro a Constituição, com 3/5 dos votos do Congresso Nacional. Depois, o Código Civil poderá cuidar da matéria”*.

De fato, a relação estabelecida entre homossexuais, seja duradoura, pública etc, sem dúvida, foge ao complexo do Direito de Família. Embora se reconheça o amor e atração sexual entre eles, tal é de outra índole, merecendo, certamente, a proteção jurídica na medida dos desdobramentos da relação⁵, pois o sistema jurídico também não protege, v.g., as relações sexuais eventuais entre o homem e a mulher, justamente porque despidas daquele caráter da constituição de família, cuja gênese é a construção descendencial⁶.

³³ A UNIÃO HOMOSSEXUAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Revista Brasileira de Direito de Família, Nº 15 – Out-Nov-Dez/2002 – ASSUNTO ESPECIAL.

⁴ VARELLA, Luiz Salem. Homoerotismo no direito brasileiro e universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Campinas: Agá Juris, 2000.

⁵ Vale consignar as colocações do eminente Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, quando de seu extraordinário artigo publicado na Revista Brasileira de Direito de Família, n. 9, assunto especial, pág. 139, lembrando a decisão no Resp n. 148897/MG, do STJ, 4ª Turma, cujo Relator foi o Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior *“...O Direito não regula sentimentos, contudo dispõe sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante...”*.

⁶ Com a vênua devida, ousamos a discordar de eminente Des. Maria Berenice Dias, que afirma: *“A CF/88 alargou o conceito de família, passando a integrá-lo às relações monoparentais, de um pai com os seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da idéia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação.”* Concordamos, outrossim, com o Des. Sérgio Fernando S. de Vasconcellos Chaves, ao afirmar no AI 70000535542 que: *“... Na verdade, quando o legislador estabelece obrigação alimentária na família, ele está convertendo em obrigação jurídica um compromisso ético que vincula duas pessoas que se propuseram a dividir a vida, a somar esforços, que estabeleceram um compromisso amplo de solidariedade irrestrita, que unem duas pessoas com o propósito de constituir família, estabelecer prole ou ambiente próprio para receber uma prole e, assim, construir um legado social....,*



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Ora, como bem apontou Francisco da C. Lima Filho, em qualificado artigo publicado na Revista Juris Síntese, n. 39, “não é lícito considerar entidade familiar, para fins de proteção legal, a união passageira ou efêmera (ainda que eventualmente pactuada), considerando-se que a estabilidade se caracteriza especialmente pela sua durabilidade e permanência, vale dizer: que seja revestida do caráter da estabilidade...

É evidente que essa estabilidade não pode e nem deve ser aferida com base no elemento cronológico. Ao contrário, deve-se examinar cada caso concreto a fim de se verificar a existência de uma convivência em comum, o que me parece incompatível com um simples namoro, que pode muito bem se prolongar por muitos anos. Daí a ponderação de Rainer Czajkowski no sentido de que: ‘União livre, para ser entidade familiar, deve ser estável, isto é, prolongar-se por certo tempo. Tal qualidade deve ser considerada imprescindível na formação das chamadas famílias informais, por duas razões distintas. A primeira é a previsão literal da Constituição que, coerentemente, condiciona a equiparação de uniões livres a entidades familiares ao preenchimento do requisito da estabilidade ou durabilidade. A segunda razão advém de uma constatação bastante lógica, extraída da observação das relações humanas. A subsistência de uma relação íntima entre um homem e uma mulher, com o passar do tempo, cristaliza até presuntivamente uma noção de seriedade, de solidez. A duração de tal relação por si demonstra que resistiu a momentos difíceis, que são aqueles que melhor propiciam o reconhecimento profundo dos parceiros. Relação estável é aquela que subsistiu aos arroubos da paixão, ultrapassando fronteiras de simples namoro inconseqüente ou satisfação puramente sexual’ ”.

Para análise do tema em tópico, portanto, é necessário buscar-se na hermenêutica, isto é, na sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões destinadas a dar juridicidade aos fatos sociais como o em foco, que consiste, como ensina Carlos Maximiliano⁷, “no enquadrar um caso concreto em uma norma jurídica adequada...Por outras palavras: tem por objetivo descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano”.

Mas a aplicação do direito, ensina o Mestre, não prescinde da hermenêutica^{8 e 9}. Diz Carlos Maximiliano, citando Heinrich Gerland, Prof. da

⁷ Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed./3ª tiragem-Rio de Janeiro, Forense, 1984, págs. 6 e seguintes.

⁸ Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 21.), ao diferenciar hermenêutica de interpretação diz :“Faz sentido aqui a diferença posto que hermenêutica e interpretação



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

Universidade de Jena, afirma Lúcio Delfino, que “não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico...” A memória retém com dificuldade o que é acidental; por outro lado, o intelecto desenvolve dia a dia o logicamente necessário, como consequência, evidente por si mesma, de um princípio superior. A abstração sistemática é a lógica da ciência do Direito. Ninguém pode tornar-se efetivo senhor de disposições particulares sem primeiro haver compreendido a milímoda variabilidade do assunto principal na singeleza de idéias e conceitos da maior amplitude ou, por outras palavras, na simples unidade sistemática”. “Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um, nada resultaria de orgânico, de construtor, se os não enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. À análise suceda a síntese. Intervenha a Hermenêutica, a fim de proceder à sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.”

Assim, para dar juridicidade aos desdobramentos da situação em foco, tratando-se de interpretação, máxime a constitucional, necessário lançar mão de parâmetros hermenêuticos que levem em conta a estruturação do ordenamento jurídico como um sistema aberto, composto por princípios e regras, que devem ser respeitados sob pena de romper-se o sistema. Esse sistema opera a partir da função ordenadora dos princípios, e é estruturado de modo que as normatizações sejam feitas a partir de concretizações de princípios superiores (estruturantes), passando por

levam a atitudes intelectuais muito distintas. Num primeiro momento, está-se tratando de regras sobre regras jurídicas, de seu alcance, sua validade, investigando sua origem, seu desenvolvimento etc. Ademais, embora essas regras, que mais propriamente poder-se-iam designar por enunciados, para evitar a confusão com as regras jurídicas propriamente ditas, preordenem-se a uma atividade ulterior de aplicação, o fato é que eles podem existir autonomamente do uso que depois se vai deles fazer. Já a interpretação não permite este caráter teórico-jurídico, mas há de ter uma vertente pragmática, consistente em trazer para o campo de estudo o caso sobre o qual vai se aplicar a norma.”

⁹ Por isso sempre presentes as palavras do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, “...a jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o Juiz (melhor seria o jurista, ousamos apontar) não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências de justiça e de equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil (RT 618/171).”



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

princípios gerais, até as regras. Estas são normas de maior densidade semântica, mais determinadas e passíveis de aplicação pelos órgãos aplicadores (Legislativo, Executivo e Judiciário), sem maiores mediações construtivas de conteúdo¹⁰.

Correlata a essa idéia, é também de ser invocado, como “princípio” de interpretação constitucional, **o da unidade**. Segundo ele, deve o hermeneuta buscar na máxima medida uma interpretação **que vislumbre a Constituição como um todo**, procurando a construção de um sentido coerente com todas as prescrições normativas. Destes comandos prescritivos, os princípios constitucionais têm papel preponderante na construção de sentido normativo.

Nessa linha é o pensamento do Ministro Eros Roberto Grau: *“intérprete e autoridade judiciária estão vinculados pelos princípios; não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”*. Assim, o resultado da interpretação não pode resultar uma norma, como máxima que retira (ou mais propriamente constrói) o intérprete a partir dos textos legais, que ofenda o sistema em sua coerência interna.

Pois bem, nessa linha de pensamento, Sérgio Gisckow Pereira, em trabalho de costumeiro nível intelectual, assim manifestou-se *“Não penso que se trate de preconceito meu, pois aceito que se modifique a Constituição Federal e as leis até para implantar casamento entre homossexuais. A questão é muito simples: nosso sistema jurídico não comporta ainda sequer a construção pela analogia¹¹. O problema está em que a Constituição Federal expressamente só aceita união estável entre heterossexuais, ou seja, não é omissa, o que impede o uso da analogia...Está evidente que a Constituição Federal não permitiu união estável, ou efeito dela decorrentes para homossexuais. E não se trata de*

¹⁰ (Nesse sentido: GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1033 e *passim*. Sobre a função ordenadora dos princípios: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 3ª ed., tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 223 a 232. Pioneiro, entre nós, a defender tais posições é Eros Roberto Grau, *in A ordem econômica na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 164 a 192).

¹¹ Leciona Carlos Maximiliano, na obra já citada, pág. 212 que a analogia serve para suprir as lacunas dos textos. O intérprete opera dedutivamente. O processo analógico não cria direito novo, como pretendem os requerentes, mas se ocupa com uma lacuna do direito, com uma hipótese não prevista em dispositivo nenhum. Pressupõe, portanto, falta de dispositivo expresso, o que, evidentemente, não ocorre no caso em tópico, pois a Constituição só aceita união estável, que é uma espécie de casamento informal, entre heterossexuais.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

*emenda constitucional, mas de constituição originária e votada por parlamentares eleitos pelo povo...*¹²

Essa posição, aliás, não está à margem da sociedade europeia, basta observar que recentemente, como noticia o jornal Portugal Diário¹³, que a o primeiro e único casamento de homossexuais em França, que aconteceu em 2004, foi anulado, na passada terça-feira, pelo Supremo Tribunal do país. O tribunal entendeu que a união celebrada só poderia ser validada se houvesse uma mudança nas leis da França. “*Sob a lei francesa, o casamento é a união entre um homem e uma mulher. Só a adoção de uma nova lei pelo Parlamento permitiria que a situação evoluísse*», diz a nota oficial do Tribunal de Cassation.

Stephane Chapin e Bertrand Charpentier casaram-se em Junho de 2004 numa cerimónia polémica, na cidade de Begles, sob o argumento de que a lei não afirma, explicitamente, que o casamento envolva obrigatoriamente pessoas do mesmo sexo.

Contudo, o casamento foi anulado, pois os promotores públicos alegaram que isso está implícito na lei. O notário que celebrou a união viu as suas funções serem suspensas, durante um mês, por ter desrespeitado a lei.

Desde o casamento os dois homens têm perdido vários processos na justiça francesa, e em 2005, o casal francês afirmou que, caso o apelo deles fosse rejeitado pelo Supremo Tribunal francês, o levariam ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas ainda não se sabe realmente se é isso que vão fazer... “

Dessa forma, embora alguns países o aceitem, Grã-Bretanha¹⁴, por exemplo, o Tribunal Europeu adota uma visão restritiva em relação ao direito ao casamento, limita-o aos heterossexuais e até a

¹² Pereira, Sérgio Gischkow, “*As Uniões Paralelas e o Direito dos Cônjuges*”, in *Casamento, uma escolha além do judiciário*, Organizadora Ivone M.C. Coelho de Souza-Florianópolis: Vox Legem, 2006, págs202 e segs.

¹³(http://www.portugaldiarario.iol.pt/noticia.php?id=785230&div_id=291, acesso em 17/03/07)

¹⁴ Contudo, como anota acadêmica de Direito da PUC/PR, Curitiba (PR) Claudiléia Lemes Dias, em qualificado trabalho intitulado *Uniões homossexuais: Direito comparado*, Texto extraído do Jus Navigandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3191>, acesso em 16/03/07, “... na Inglaterra, demonstrações públicas de afeto entre homossexuais não são permitidas, de forma que a polícia age ostensivamente na repressão de qualquer manifestação nesse sentido. Aída Kemelmajer de Carlucci afirma que: “*Los homosexuales se quejan de que la policía inglesa, frecuentemente, se esconda en los baños públicos para "pescarlos..."*”.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

presente data não reconheceu aos homossexuais tal direito, embora entendeu possam ter uma “vida privada”.

Vê-se, dessa maneira, que a impossibilidade do pedido em tópico não ocorre somente no Brasil.

Pois bem, para se entender posicionamento constitucional e chegar-se a razão da disposição prevista no §3º, do artigo 226, que jamais pretendeu englobar a união entre pessoas do mesmo sexo, urge se faça uma síntese história do conceito de família, entendendo-se, por fim, inclusive, as limitações ao conceito de união estável.

Veja-se, o vocábulo **família**, ainda que haja multiplicidade quanto ao conceito do termo, traz essencialmente a idéia de um organismo social, que sofre influências religiosas, morais e costumeiras, e sempre esteve ligado e originou-se, da observação da natureza onde os seres vivos se unem à formação de um grupo por eles criado. Nesse exórdio é que se motiva a base da proteção jurídica à família que, ao longo dos tempos, vem passando por diversas mutações, mas sem se distanciar da gênese da união para gerar continuidade de si mesma.

Um casal homossexual, sem dúvida, foge a esse complexo, eis que embora se reconheça o amor e atração sexual entre eles, tal é de outra índole, merecendo, certamente, a proteção jurídica na medida dos desdobramentos da relação, assim como o sistema jurídico também não protege, v.g., as relações sexuais eventuais entre o homem e a mulher, justamente porque despidas daquele caráter da constituição de família, cuja origem é a construção descendencial, repete-se.

Com efeito, veja-se: no Direito Romano era a palavra ‘família’ empregada em relação às coisas a fim de indicar o patrimônio e a totalidade de escravos pertencentes a um senhor e englobava também todos aqueles que estavam subordinados à autoridade do *pater familias*.

Em concepção ampla, o vocábulo compreende o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa descendência se registre nos arquivos da memória. Em sentido mais restrito, correspondendo a que os romanos chamavam de *domus*¹⁵, hoje denominada como celular ou nuclear, compreende, apenas, os cônjuges e a respectiva progênie, ou melhor ainda, nessa acepção mais restrita, consideram Ruggiero e Maroi¹⁶, admitida nos países cultos, a família

¹⁵ Espínola, Eduardo, A Família no Direito Brasileiro. Campinas. Bookseller, 2001, pág.11.

¹⁶ Espínola, Eduardo, opus cit.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

compreende apenas os cônjuges e os seus descendentes imediatos, cumprindo notar que algumas vezes, em certas contingências, a expressão é usada referindo-se aos cônjuges e filhos que moram no mesmo lar.

A família é uma instituição, no entanto. Está governada por normas institucionalizadas e é vista como célula indispensável para a conservação da própria unidade estrutural da sociedade nacional¹⁷, segundo o ensinamento de Mário de Aguiar Moura¹⁸. É uma instituição e assim está governada e o ato fundamental, **formal**, de sua constituição é o casamento.

A família é uma instituição em sentido sociológico e jurídico. Pelo sentido sociológico se deve entendê-la, conforme aquele autor, nos modos de sentir, pensar, de intuir e atuar do indivíduo, nas sedimentações de hábitos que se preestabelecem e que se transmitem através da educação e no culto das tradições familiares. No sentido jurídico, como o conjunto de normas organizadas sistematicamente, orientadas por princípios próprios e destinadas a estabelecer direitos e deveres a uma determinada esfera da vida social, com fins especificamente estabelecidos.

Mas desde a concepção de ser a família instituição sociológica, a par de ser também jurídica, é necessário serem reconhecidas e aceitas as transformações ou evolução institucional a que se tem submetido constantemente, pois dentre as instituições jurídicas parece ser a mais sensível às transformações das infra-estruturas sociais, uma vez que as alterações que se operam na esfera econômica, política, tecnológica, nos costumes, nos conceitos éticos e de moral passam-lhe a determinar influências.

Dessa forma, através dos tempos, profunda transformação sofreu a família, que se despojou de grande parte das funções anteriormente exercidas¹⁹, que o Estado tomou a si²⁰. A família transformou-se. A grande família em que atuava o soberano *pater familias*, cedeu lugar à família nuclear²¹.

¹⁷ CF. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹⁸ *In* Concubinato, ed. Síntese, 1980, págs. 16 e segs.

¹⁹ Nas famílias romanas, por exemplo, eram funções indelegáveis do *pater* a função política, judicial, econômica e religiosa. O sistema patriarcal dava ao *pater familias* a autoridade de ser o chefe econômico, por ser o único no domínio dos bens, a chefia política, o julgador e aplicador de penas etc

²⁰ O poder político, legislativo e judicial.

²¹ A família nuclear concentra-se na tríade pai, mãe e filho.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

É de se notar, a propósito, que, em Roma, definia-se a família²², segundo doutrina Arnold Wald²³, “*como o conjunto de pessoas que estavam sob a ‘patria potestas’ do ascendente comum vivo mais velho*”. A submissão independia da consangüinidade, descendentes ou não, todos sujeitavam-se ao pátrio poder ou a *manus* de um chefe único.

Se o casamento era acompanhado da *manus*, a mulher saía de sua família de origem e entrava na do marido, na condição análoga a de filha. Seu patrimônio era absorvido pela universalidade do patrimônio do *pater*. Se não fosse acompanhado da *manus*, que já marcava a fase mais evoluída do Direito Romano, bem como a inicial emancipação da mulher, cada cônjuge conservava seu patrimônio, ficando esta sob a autoridade paterna. Não se admitia passasse a integrar duas famílias.

Na época imperial, a mulher goza de total autonomia, participando da vida social e política, não se satisfazendo mais com suas funções exclusivamente familiares. O feminismo se revela então na vida esportiva que levam as mulheres, comparecendo e participando de caçadas e de outros esportes. Corresponde a essa fase, contudo a dissolução da família romana.

Nesse sentido, a evolução da família romana. Reduziu-se o poder do *pater familias* com passar dos anos, de conformidade com alterações econômicas, políticas, tecnológicas, costumes e, com os novos conceitos de ética e de moral, outras transformação sofre a família. Valorizou-se os aspectos afetivos²⁴ da convivência familiar²⁵ e de cada um dos membros da família. Consigna-se, a propósito, que as constituições modernas inseriram em seus textos tais preocupações. Veja-se, por exemplo, a Constituição da Itália, em seu artigo 29: “*Il matrimonio è ordinato sull’ eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, com i limiti stabili della legge*

²² No Direito Romano a expressão família também significava o conjunto do patrimônio incluindo a totalidade de escravos pertencentes a um senhor.

²³ Wald, Arnoldo. O Novo Direito de Família, 13^a ed. São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 09 e segs.

²⁴ Em excelente monografia publicada na Revista Brasileira de Direito de Família nº 04 - JAN-FEV-MAR/2000, pág. 47, Maria Christina de Almeida - Eliane Marise Ferraz, citando Eduardo de Oliveira Leite, consigna que *a nova é estruturada nas relações de autenticidade, afeto, amor, diálogo e igualdade, em nada se confunde com o modelo tradicional, quase sempre próximo da hipocrisia, da falsidade institucionalizada, do fingimento. (...) É o início de uma nova era, prenunciando a alvorada de novos tempos, onde dominará soberano, acima das leis e das religiões, apenas o Amor*

²⁵ O traço marcante do casamento romano, a propósito, era o *affectio maritalis*, isto é, a intenção de os cônjuges terem uma vida em comum, de estabelecerem harmonia entre *corpus e animus*, cuja falta implicaria sua extinção e o divórcio consumir-se-ia sem grandes formalidades e sem a participação do Estado.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

a *garanzia dell' unitá familiare*". Nessa mesma direção são as da Colômbia²⁶, Nicarágua²⁷, Bolívia²⁸ etc.

Por outro lado, em decorrência desses novos tempos, como realidade sociológica, não se podia negar que se formava, ao lado da família denominada legítima, outra, sem perfil normativo, que desconhecia disciplina legal quanto à sua estruturação, efeitos e dissolução. Assim, nesse contexto, a evolução progressiva da igualdade jurídica dos sexos, que encontrou arrimo no pensamento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, também foi forte marco na transformação da estrutura familiar e, por conseqüência, esse fato social, inicialmente reprovado, acabou por ser admitido.

Como fato social, a união de pessoas de sexo diferente, fora do casamento, é antiga. No direito romano, por exemplo, por ela se uniam patrícios e plebeus, um cidadão com uma mulher de condição inferior, como uma escrava, porque entre eles não se permitia o casamento.

O direito canônico também não desconhecia o concubinato, chegou a regulá-lo e a conceder-lhe efeitos. No Primeiro Concílio de Toledo, no ano 400, foi autorizado o concubinato com a condição de que tivesse o caráter da perpetuidade que informa o matrimônio, tanto que Santo Agostinho admitia o batismo da concubina, desde que ela se obrigasse a não deixar o companheiro, e Santo Hipólito negava o matrimônio a quem o solicitasse para abandonar a concubina, excetuava-se quando ela houvesse traído o companheiro.

Contudo, a Igreja, passando a enfrentar problemas com reis cristãos e com os próprios sacerdotes, como o Papa Leão III, que foi acusado de adultério, mas absolvido por Carlos Magno²⁹, mudando de posição, a partir do momento em que se admitiu o dogma do matrimônio-sacramento e foi imposta a forma pública de celebração, estabeleceu no Concílio de Trento que incorriam na excomunhão os concubinos que não se separassem após a terceira advertência.

O antigo direito francês, sob a influência do direito canônico, adotou medidas para combater o concubinato, basta ver que a Ordenança

²⁶ Art.42. *Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en respeto recíproco entre todos sus integrantes.*

²⁷ Art.73. *Las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derecho y responsabilidades entre el hombre y la mujer.*

²⁸ Art.194.ª *El matrimonio descansa en la igualdad de derechos y deberes de los conyuges.*

²⁹ A propósito, Carlos Magno, segundo historia Álvaro Villaça de Azevedo. Estatuto da Família de Fato. São Paulo. Editora Jurídica Brasileira, 2001, págs. 173, mantinha quatro mulheres e seis concubinas.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

de 1604, a declaração de 26 de novembro de 1639 e o édito de março de 1697, respectivamente, consideravam inválida as doações entre concubinos, negavam a vocação sucessória aos contraentes e aos seus filhos nascidos de casamento contraídos *in extremis* por quem tivesse vivido em concubinato.

Evidencia-se, portanto, que as idéias básicas que sustentavam o Direito de Família não puderam continuar a insistir na perniciosa teimosia de ignorar as profundas alterações morais, éticas, culturais, costumeiras, econômicas, científicas etc que influenciaram a família, que lhe alteraram a estrutura e as funções. Romperam-se, na verdade, aqueles (pre)conceitos que formaram o espírito dos legisladores responsáveis pelo nosso Código Civil, pois como ensina Miguel Reale³⁰, lembrado por Sérgio Gischkow Pereira³¹, “... a vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri daquelas pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações, por múltiplos motivos que não vem ao caso examinar...O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é um dever menor por parte daqueles que tem a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica...”.

No direito comparado, e em nosso próprio ordenamento jurídico já se observava essa mutação conceitual no tangente ao concubinato e não é de agora. Veja-se:

No direito português, da denominada *união de fato*, embora não considerada uma relação familiar, advinham efeitos e conseqüências, como presunção de paternidade, o direito a alimentos, sobre a herança do falecido, além da comunicação das dívidas.

No México, a par de na legislação esparsa serem direitos reconhecidos à concubina, o Código Civil Federal de 1928, estabelece uma presunção de paternidade e maternidade aos filhos dos concubinos e, no artigo 1368, obriga o testador a deixar alimentos em favor da mulher com a qual viveu nos últimos cinco anos que precederam à sua morte, ou com a qual teve filhos, desde que se tenham mantidos livres de casamento durante o concubinato. No artigo 1635 concede-se à concubina, nas mesmas condições, direito sucessório *ab intestato*, que varia segundo os parentes com os quais concorre.

³⁰ Reale, Miguel. Filosofia do Direito. Saraiva, 1965, págs. 526 e 528.

³¹ Pereira, Sérgio Gischkow. Tendências Modernas do Direito de Família. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Ajuris. 1988, vol.42, págs.52 e 53.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Em Cuba, no Código da Família (Lei nº 1.289/75, no artigo 18) há disposição a respeito do *matrimônio não formalizado*, antes denominado concubinato, em que é assegurado todos os efeitos do casamento civil quando reconhecido por tribunal competente.

No direito argentino, da mesma forma, alguns textos legais reconhecem a existência do concubinato, assim a legislação sobre locações urbanas; o Código Civil etc. Todavia, inexistente uma regulamentação ao concubinato pois o pensamento do país, inclusive jurisprudencial, é extremamente conservador.

No direito italiano, não lhe é dispensado tratamento legal, mas a doutrina sustenta que a família de fato tem seu embasamento na Constituição porque esta protege todas as formações sociais, estando nela incluídas a sociedade de fato.

Álvaro Villaça de Azevedo³² aponta, ainda, o Código Civil da Venezuela, de 1942, que introduziu no seu artigo 767 importante inovação ao estabelecer uma comunhão patrimonial entre os concubinos, ao dispor: *“Presume-se a comunhão de bens, salvo prova em contrário, naqueles casos de comunhão matrimonial, quando a mulher demonstra que viveu permanentemente em tal estado e que contribuiu com seu trabalho para a formação ou aumento do patrimônio do homem, a não ser que os bens cuja comunhão se pretenda estabelecer figurem documentados em nome de um só deles. Tal presunção somente surte efeitos legais entre eles dois e entre os respectivos herdeiros e também entre eles e os herdeiros do outro, salvo em caso de adultério”*.

Lembra Villaça de Azevedo, comentando esse dispositivo, que Antonio Pulido Villafañe aduz que surgiu em momento apropriado para atender a situações existentes em lugares afastados dos centros mais populosos, onde, geralmente, imperam uniões ilegítimas.

O autor anota também que no Anteprojeto do Código Civil Boliviano a matéria debuxa-se entre os artigos 256 a 269. No primeiro vê-se constar que o concubinato é a **“vida marital do varão e da mulher**, sem estarem casados” e que se apresenta com “caráter de instituição jurídica”; no artigo 257 obriga aos concubinos reconhecerem os filhos que com eles vivam sob a posse desse estado e presume-se filhos os nascidos depois de seis meses dessa convivência e os nascidos nos dez meses seguintes à cessação dessa vida em comum. No artigo 258 estabelece que os

³² Obra citada, págs. 177 e seg.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

concubinos e seus descendentes terão em si os mesmos direitos assistenciais e hereditários estendidos à esposa e filhos.

No Brasil, antes mesmos do advento do Código Civil de 1916, já se iniciava, embora de forma tímida, um processo legislativo de concessão de direitos à concubina. Nessa transformação da estrutura familiar, pode-se citar o Decreto n.º 2.681, de 07/12/1912, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro, previu direitos à concubina na indenização decorrente da morte do companheiro em acidente ferroviário ao estabelecer no artigo 22, que, no caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação; o Decreto-lei n.º 4.737, de 24/09/42, dispôs sobre o reconhecimento dos filhos naturais. Ensejou o reconhecimento do filho havido fora do casamento, após a separação legal, que foi complementado pela Lei n.º 883, de 1949³³; o Decreto-lei n.º 7.036, de 10/11/44, que reformou a Lei de Acidentes do Trabalho; o Decreto n.º 18.809, de 05/05/45, que aprovou o regulamento da Lei de Acidentes do Trabalho; e, assim, a Lei n.º 3.807, de 26/08/60, Lei Orgânica da Previdência Social, alterada pela Lei n.º 5.890, de 08/06/73, o Dec. n.º 72.771, de 06/09/73, aprovou o Regulamento (do Regime da Prev.Social) da Lei n.º 3.807, de 26/08/60, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 5.890/73; a Lei n.º 4.297, de 23/12/63, que dispôs sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadorias e Pensões para ex-combatentes e seus dependentes; a Lei n.º 4.242, de 17/06/63, que criou o Fundo Nacional de Investimentos, no artigo 44, permite abater na declaração do imposto de renda os encargos da família de sua concubina, desde que haja convivência de mais de cinco anos, e que a tenha incluído como beneficiária; a Lei n.º 4.862, de 29/11/65, que alterou a legislação do Imposto de Renda, a Lei n.º 5.316, de 14/09/67, que integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social; a Lei dos Registros Públicos, n.º 6.015, de 31/12/73 (art.57); a Lei n.º 6.195, de 19/12/74, que atribuiu ao FUNRURAL a concessão de prestações por acidente do trabalho e assim sucessivamente, o Decr. n.º 73.617, de 12/02/74, que aprovou o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural; a Lei n.º 6.367, de 19/10/76, que dispôs sobre o seguro

³³ Art. 1º Dissolvida a sociedade conjugal será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho, a ação para que se lhe declare filiação.

§ 1º Ainda na vigência do casamento, qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável. (Antigo parágrafo único renumerado pela Lei nº 7.250, de 14.11. 1984, DOU 16.11.1984)

§ 2º Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 7.250, de 14.11. 1984, DOU 16.11.1984).



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

de acidentes do trabalho a cargo do INPS; os Decrs. N^{os}. 77.077 e 89.312, de 24/01/76, e 23/01/84, que expediram a Consolidação das Leis da Previdência Social, a Lei do Divórcio, n^o. 6.515, de 26/12/77, a Lei n^o 6.439, de 1^o/09/77, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, o Decr. n^o. 83.080, de 24/01/79, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social.

Toda essa legislação foi marco que, rompendo os obstáculos, deixou ver a preocupação com a família advinda, segundo a terminologia utilizada em Cuba, do **matrimônio não formalizado**.

Todavia, no nosso direito o ponto forte foi na Lei n^o. 4.121, de 27/08/62, denominada Estatuto da Mulher Casada, depois, por exemplo, as Súmulas n^{os}. 35³⁴, 380³⁵, 382³⁶ do Supremo Tribunal Federal.

Outro passo de grande importância para a ruptura das velhas tradições, foi a Lei do Divórcio (Lei n^o 6.515, de 26.12.1977) e, na seqüência, as Leis n^{os}. 8.971, de 29/12/94, e 9.278, de 10/05/96.

Vale lembrar, ainda, da Lei n^o 8.213, de 24/07/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, que em seu artigo 16³⁷, embora trazendo uma marcante inconstitucionalidade no §2^{o38 e 39}, estabelece que são beneficiários, na

³⁴ 35 - Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio. (D. Trab.)

³⁵ 380 - Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. (D. Civ.; D. Proc. Civ.)

³⁶ 382 - A vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato. (D. Civ.)

³⁷ Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, **a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido**; (Redação dada ao inciso pela Lei n^o 9.032, de 28.04.1995)

II - os pais;

III - **o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido**; (Redação dada ao inciso pela Lei n^o 9.032, de 28.04.1995)

IV - (Revogado pela Lei n^o 9.032, de 28.04.1995)

§ 1^o. A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

³⁸ § 2^o. **O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento**. (Redação dada ao parágrafo pela Lei n^o 9.528, de 10.12.1997)

Nota: Assim dispunha o parágrafo alterado:



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

"§ 2º. Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; **o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda**; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação."

³⁹ Esse dispositivo, todavia, até onde se sabe, não vige no Estado do Rio Grande do Sul eis que foi objeto **AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, por nós ajuizada, quando à frente da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Rio Grande, em litisconsórcio com o Ministério Público Federal, Proc.nº 97.1002758-1, que tramita na Justiça Federal, daquela Cidade, que teve pedido liminar e preceito cominatório, com eficácia estadual, nos moldes da atual tendência da jurisprudência pátria, contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS.**

É que a Constituição Federal de 1988, como se vê, por exemplo, dos artigos 6º, 227, §§1º e 3º, incisos II e IV, bem como as disposições da Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, proclamando o *Princípio e a diretriz básica da Proteção Integral*, ressaltando que é *dever da família da sociedade e do Estado* a sua proteção em caráter prioritário, estabelecendo como prioridade absoluta a proteção da criança e do adolescente não permite a alteração do referido dispositivo, que foi alterado a partir da Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.1996 e reedições posteriores

Veja-se que além das disposições da Carta Política, a própria lei menorista ao dispor sobre a família substituta, com relação a guarda estabelece no seu artigo 33, *caput*, que "a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente...", no §3º, que esse instituto "**confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários**", e no art.34, fixando um verdadeiro comando ao poder público determina que este "estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado."

Pois bem, seguindo o princípio constitucional e o regrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, em sua redação original assim estava redigida no seu artigo 16, § 2º que "São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependente do segurado:" "...**o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.**

Depreende-se, assim, que a Lei Maior estabelece o princípio da proteção integral, a forma de interpretação dos dispositivos da legislação menorista, enumera os direitos das crianças e dos adolescentes, determina ao Poder Público o atendimento desses direitos de forma prioritária, ordenando o estímulo do acolhimento sob a forma de guarda do menor órfão ou abandonado, dispõe que o menor nessas condições equipara-se a filho do segurado do órgão previdenciário. E para firmar tudo isso, ainda preceituam a Carta Magna e o Estatuto que será punido na forma da lei qualquer atentado por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais.

Todavia, apesar de todos esses dispositivos, inclusive constitucionais, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 1.523, com suas reedições posteriores, que suprimiu da lei previdenciária os direitos das crianças e adolescentes sob guarda judicial de serem inscritos como dependentes do segurado da previdência social.

Veja-se, a referida medida provisória alterou o artigo 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passando o referido dispositivo a vigorar com a seguinte redação: "**o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento**".

Assim, e em razão da ordem de serviço INSS/DSS nº 557, a partir de 14/10/96, somente o enteado e o menor tutelado poderia continuar como beneficiários do Regime Geral da Previdência Social na condição de dependentes, equiparando-se a filho, mediante



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

condição de dependente do segurado, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Tudo isso, levou a grande evolução da família que tem como finalidade realmente essencial a vida moral, a sedimentação dos sentimentos afetivos, que devem ser cultivados com sabedoria, a perpetuação da espécie pela geração de filhos e todos os demais fins nobres que enriquecem a personalidade do homem, mostrando a evidenciar-se a tendência de desaparecer a distinção entre família legítima e ilegítima, e os tribunais brasileiros tiveram papel importante na elaboração dos novos suportes conceituais relativos à família.

No direito pátrio, a terminologia⁴⁰ sofreu modificações. O vocábulo *concubinato* teve largo uso. No uso popular, todavia, possuía uma abordagem pejorativa. Indicava uma relação furtiva, passageira, sem estabilidade, por isso passou-se a fazer a distinção entre o *concubinato qualificado* ou *próprio* ou mesmo *em sentido lato*, que agasalhava a união não legalizada, mas de caráter duradouro, estável, com aparência de casamento (*more uxório*), da *concubinação* ou *concubinato em sentido estrito*, que indicava ligações transitórias⁴¹.

Mas, em sentido lato, no entanto, *concubinato*⁴² representa qualquer união sexual entre homem e mulher fora do casamento. Etimologicamente expressa comunhão de leitos.

declaração do segurado, desde que comprovada a dependência econômica. Restou excluído, dessa forma, inclusive os já inscritos, pelo item 3.3, da referida ordem de serviço, o menor sob guarda da relação de dependentes.

Pois bem, essa restrição foi declarada inconstitucional e tal medida, nos moldes da atual tendência da jurisprudência pátria, em razão de sua relevância, teve eficácia em todo o Estado do Rio Grande do Sul.

⁴⁰ No plano internacional, pode-se citar que em Portugal, a união de pessoas de sexo diferente, sem vínculo matrimonial, em uma comunidade de vida, é denominada *união de fato*. Não é considerada uma relação familiar;

Em França, a esse fato social denomina-se *união livre*; na Itália, *família de fato*; na Escócia, *casamento irregular*, sem formalidade ou registro; em Cuba, *matrimônio não formalizado*.

⁴¹ O Supremo Tribunal Federal, no RE 82.192, cujo relator foi o Ministro Rodrigues Alkmin, publicado no Boletim de Jurisprudência ADCOAS, em 1977, n.21, pág., 326, separou os conceitos entre concubina e companheira a fim de aplicar ou negar a incidência do artigo 1474 do Código Civil, na hipótese de o homem casado instituir como beneficiária a mulher com quem vive. Se mera **concubina** prevalece a proibição legal, devendo a indenização ser recolhida pela mulher legítima; se a beneficiária fosse **a companheira**, no entanto, do homem casado, deixa de ser defesa a instituição do seguro.

⁴² Etimologicamente o vocábulo **concubinato** expressa **comunhão de leitos**. **Concubere**, em latim, expressa estar deitado com outrem. Segundo o Aurélio Buarque de Holanda, *in*



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Dessa forma, **a união entre o homem e a mulher** fora do casamento, que por longo período ficou marginalizada, é fato social antigo. Daí pode advir uma comunidade de vida com estabilidade e convivência notória, duradoura, **como se fossem marido e mulher**, *more uxório*, mas também pode caracterizar uma relação furtiva, passageira, de caráter transitório, meramente carnal, que os franceses chamam de **concubinage**. Àquela é expressada pelos franceses como **concubinats**.

Mário de Aguiar Moura, no entanto, distinguia o *concubinats* *qualificado* ou *em sentido próprio* do *concubinats* *em sentido lato* ou *amplo*⁴³.

No **concubinats** *qualificado* entendia o saudoso Professor⁴⁴, que deveria ter os seguintes caracteres: união entre homem e mulher; comunidade de vida; estabilidade; fidelidade; notoriedade; intenção ou *affectio maritalis*; posse de estado (imita o casamento, *more uxório*), e a dependência econômica.

No **concubinats** *em sentido amplo* ou *lato*, teria como requisitos: "freqüentação" da mulher pelo homem ou deste pela mulher; relações sexuais reiterada; duração razoável e certa aparência de fidelidade.

A doutrina e a jurisprudência^{45 e 46}, com o objetivo de atender até mesmo as disposições das normas de sobre direito previstas nos artigos

Dicionário Aurélio Eletrônico, **Concúbite, Verbetes: concúbite [Do lat. concubitu.] S. m. 1. Ajuntamento carnal; cópula, coito. 2. Coabitação.**

⁴³ Doutrina Álvaro Villaça de Azevedo em sua obra "Do Concubinats ao casamento de fato, Edições CEJUP, Belém, 1986, que se destacam duas espécies de concubinats: o puro e o impuro. O **puro** se apresenta como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se uma família de fato, sem qualquer detrimento da família legítima. Assim acontece quando se unem, por exemplo, os solteiros, os separados judicialmente. O **concubinats** será **impuro** se for adúltero, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato). Assim a união livre e pura ocorrerá quando inexistir impedimento ao casamento. A impura, se existir impedimento.

⁴⁴ Obra citada, pág.43.

⁴⁵ vide nota n.9

⁴⁶ – SOCIEDADE DE FATO ENTRE CONCUBINOS – Segundo o acórdão estadual, (I) "Contribuição da mulher para a formação do patrimônio comum. Trabalho dentro do lar, cuidando dos filhos comuns" e (II) "A relação de concubinats mantida entre homem e mulher, com convívio *more uxório* e permanente, durante vários anos, leva à formação da sociedade de fato, pela contribuição indireta da companheira". Matéria referente aos fatos, irrevisível na instância especial (Súmula 7). Dissídio inexistente. Falta de comprovação. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg-AI 214126 – SP – 3ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 21.02.2000 – p. 122)



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁴⁷, evitando, assim a aplicação das disposições proibitivas contidas nos artigos 1.474⁴⁸ e 1.177⁴⁹ do anterior Código Civil, buscou estabelecer a separação dos conceitos de *concubina* e *companheira*⁵⁰.

Assim, **concubinato**, passou a ser sinônimo de união clandestina entre um homem casado que vive simultaneamente com a mulher legítima e a concubina, o que caracteriza o adultério, face ao não-rompimento dos laços advindos do casamento (fidelidade etc); o conceito de **companheira**, por sua vez, passou a ser o da mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo ou desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. A característica está na convivência de fato, como se casados fossem, coabitação, fidelidade, durabilidade, imita, pois, o casamento, *more uxório*.

A lei, a fim de evitar o sentido pejorativo que o vocábulo concubinato mantém entre os leigos, mudou a terminologia, rompendo com os conceitos mais técnicos, já sedimentados na doutrina, na jurisprudência, nas leis anteriores e na própria história do Direito de Família. Dessa Forma, **companheira** ou **concubina** agora é **convivente**; **concubinato** é **convivência**.

O **concubinato adúltero**, por sua vez, caracteriza-se com a união de pessoa casada. Essa relação, salvante situações excepcionais⁵¹,

⁴⁷ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁴⁸ Art. 1474. Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.

⁴⁹ Art. 1177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (artigos 178, § 7º, nº VI, e 248, nº IV).

⁵⁰ Vide nota n.13.

⁵¹ – PREVIDENCIÁRIO – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – EXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA MORE UXORIS DA AUTORA COM O DE CUJUS – CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – COMPANHEIRA – POSSIBILIDADE DE DIVISÃO DE PENSÃO POR MORTE ENTRE ESPOSA E COMPANHEIRA EM RAZÃO DA NOVA SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMEM E MULHER (CF, 226, §3º, 201, V) INDEPENDENTEMENTE DA CONCOMITÂNCIA DOS RELACIONAMENTOS – 1. Sendo a união estável reconhecida como entidade familiar, como determinado pela Constituição, não se pode mais tratar a união entre o homem e a mulher, sem o ato civil do casamento, como sociedade de fato, ou concubinato, eis que não se trata de mancebia, mas de entidade familiar. 2. In casu, existindo nos autos, quanto às provas apresentadas constatação de relação de convívio entre a autora e o de cujus, inclusive com nascimento de filhos, não se pode negar, que a convivência que havia entre os dois vislumbrava a união more uxoris, ainda que se constate



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

não merece a tutela legal, pelo menos em relação ao casado, pois não se pode falar em respeito e consideração, que são deveres decorrentes da união estável, entre os quais, a fidelidade recíproca.

Nesse caso, portanto, não há união estável por falta de requisitos legais e suportes conceituais, mas um mero concubinato adulterino, ou impuro.

A partir da nova Constituição, portanto, pode-se dizer, que o legislador pátrio substituiu o vocábulo **concubinato**⁵² por **união estável** e **concubina/concubino** por **companheiro** e **companheira**⁵³ e **conviventes**⁵⁴. A doutrina, no entanto, já empregava a expressão **união estável**, assim Orlando Gomes, desde a 1ª edição de seu Direito de Família, **mas sempre o conceito esteve ligado à união entre o homem e a mulher.**

A união estável é uma situação que em vários aspectos se equipara ao casamento. As relações estáveis **entre um homem e uma mulher** passaram a ter caráter de legitimidade ao lado da família legítima,

multiplicidade de relacionamentos concomitantes. 3. Havendo beneficiário anterior - Esposa - Possível à companheira dividir a pensão fazendo jus a 50% desta, a partir do ajuizamento da ação. 5. Apelação da União Federal e Remessa oficial improvidas. (TRF 5ª R. – AC 2002.84.00.003075-1 – (364958) – RN – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira – DJU 22.09.2005 – p. 487) JCF.226 JCF.226.3 JCF.201 JCF.201.V.

– UNIÃO ESTÁVEL – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO – AINDA QUE SE TRATE DE CONCUBINATO IMPURO OU ADULTERINO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível o reconhecimento de união estável, ainda que se trate de concubinato impuro, quando comprovado que o casal manteve duradoura e íntima convivência, que permitiu o vizindário da recorrente acreditar que o casal fosse casado, em razão de serem vistos freqüentemente juntos. O fato de o apelante e o pai dos apelados não ter residido sob o mesmo teto não significa ausência de coabitação, já que para a caracterização do concubinato não se faz indispensável a moradia no mesmo lar conjugal. (TJMG – APCV 000.305.804-7/00 – 5ª C.Cív. – Relª Desª Maria Elza – J. 22.05.2003)

⁵² De conformidade com Paulo Dourado Gusmão (*In* Dicionário de Direito de Família, 2ª Ed., Rio Forense, 1987, pág.355),, pode-se definir *concubinato* como:

“a união livre e estável de um homem com uma mulher, não resultante do casamento, que não altera o estado civil dos concubinos, na qual são mantidas relações sexuais e da qual é constituída uma família (família natural ou ilegítima) em que os concubinos convivem notoriamente sobre o mesmo teto (*more uxório*), como se marido e mulher fossem, com fidelidade recíproca”.

⁵³ Vide a Lei 8971/94.

⁵⁴ Lei 9278/96



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

como entidade familiar⁵⁵. Não haveria mais como continuar sendo representada por uma relação condenável, sem que se ferissem os direitos inerentes à pessoa dos próprios conviventes.

Pois bem, em dezembro de 1994, surgiu no âmbito jurídico a Lei n.º 8.971, que regulou o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Além disso, afastava a hipótese de concubinato adulterino, pois excluía os casos de pessoas casadas. Dentre os direitos sucessórios destacam-se: a) usufruto de $\frac{1}{4}$ (um quarto) dos bens do falecido, se houver filhos, e de $\frac{1}{2}$ (um meio) caso não houvesse herdeiros; 2) na inexistência de herdeiros necessários o concubino sobrevivente herdaria a totalidade dos bens do falecido.

Em seguida, 10 de maio de 1996, foi editada a Lei n.º 9.278, que regulou o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição. Mesmo com alguns dos seus artigos vetados, essa lei mudou de certa forma o panorama do direito de família, embora causando muitas dúvidas e controvérsias que até hoje persistem.

Contudo, com a nova ordem jurídica proibida restou quaisquer designações discriminatórias relativas à família e à filiação⁵⁶.

⁵⁵ Interessante é a colocação do Prof. Sérgio Resende de Barros, em seu artigo “ Ideologia da Família e *vacatio legis*”, publicada na Revista de Direito de Família, vol.11, Porto Alegre, Síntese, IBDFAM, pág.15, que, citando a Professora e Desembargadora Maria Berenice Dias, afirma: “ ...pois se o casamento é um contrato de adesão, a união estável é um casamento por decurso de prazo ou, verdadeiramente, um casamento ex-officio, que resultou igualmente um verdadeiro contrato de adesão. Continua o eminente articulista: Preocupada com os efeitos patrimoniais, a legislação infraconstitucional – Lei 9278, de 10 de maio de 1996 – fez da união estável um contrato de adesão tácita, gerador de obrigações patrimoniais, sucessórias e alimentícias, independentemente da vontade das partes, com base em presunções absolutas, consagradas pelo Estado.

Dessas preocupações, não escapa ninguém que tenha vivido uma relação de amor espontânea, com alguma durabilidade e convivência. Mesmo que ambos nada mais tenham querido senão vivê-la como a mais pura união de afeto e nenhum dos dois postule ao juiz estatal declará-la união estável, não está afastada a hipótese de terceiros o postularem com o fito de satisfazerem créditos devidos por inadimplência de um dos dois. Assim, no Brasil de hoje, conviver uma união de afeto pode implicar, como resultado, acabar casado por decurso de prazo. No Brasil não se pode mais amar e somente amar – de maneira fiel e, portanto, estável e contínua, como o amor deve ser – sem que no fim se estabeleça, mesmo independentemente da vontade dos enlaçados e até contrariamente a eles, por pedido de terceiros, o laço ex-officio de um casamento opressivo, proveniente só do decurso de prazo, mesmo sem nenhuma adesão dos que assim acabam unidos pelo sacerdote estatal”.

⁵⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Firmou-se, na verdade, portanto, a constitucionalização de institutos do Direito de Família, destacando-se, como fins do Estado Democrático de Direito, em respeito à idéia aos direitos fundamentais, a cidadania e a dignidade da pessoa humana⁵⁷

E a razão é facilmente compreensível, vez que estamos a tratar, como já asseverava PONTES DE MIRANDA⁵⁸, de direitos personalíssimos, dos direitos e deveres nascidos das relações de direito de família, isto é, que estão cobertos por pelo menos seis princípios⁵⁹ ou garantias, quais sejam oponibilidade, inalienabilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade e pessoalidade.

Mas, voltando à família, não se pode olvidar tenha como finalidade realmente essencial a vida moral, a sedimentação dos sentimentos afetivos, que devem ser cultivados com sabedoria, a perpetuação da espécie pela geração de filhos e todos os demais fins nobres que enriquecem a personalidade do homem. Em decorrência dessa reestruturação de pensamentos é que se mostrou a necessidade do desaparecimento da distinção entre família legítima e ilegítima, de filhos legítimos e ilegítimos, legitimados, naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos e adotivos.

Esses novos conceitos, assim, essa mudança de idéias, de costumes, portanto, foram as razões que ensejaram a transformação a nível constitucional do conceito de família. Dessa forma, necessariamente, passou-se a conceber a entidade familiar de forma mais ampla, atual, moderna. Fez-se nascer, assim, a nível de Carta Política, no seu artigo 226,§3⁶⁰, o conceito da *união estável*⁶¹. O termo família passa abranger,

⁵⁷ CF. 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:

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Borsoi, tomo VII, p. 190.

⁵⁹ No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Melo *"princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dois princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome de sistema jurídico positivo"*. MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros Editores, 1996, p. 545.

⁶⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

não apenas a chamada família legítima, como qualquer outra, com ou sem casamento formal, pois todas as famílias passam a ter proteção do Estado, sendo, assim, equiparadas.

O Professor Carlos Alberto Bittar, Titular de Direito da Faculdade de Direito da USP, em seu artigo *Inconstitucionalidade das Leis sobre o Concubinato*⁶², sustenta que após a nova Carta Política passaram a coexistir juridicamente dois regimes diversos: a) o da família e b) o da entidade familiar, ou a) o do casamento e b) o da união estável. O primeiro, com as solenidades e as garantias decorrentes da legislação própria, e o segundo, apenas por submissão do par ao denominado Direito Tutelar ou Assistencial.

*Anota, ainda, o conceituado doutrinador que persistem intactas as suas ponderações então feitas, não se justificando, em nosso entender, movimento, iniciado em alguns Estados, para a submissão de questões concubinárias à Justiça especializada em família*⁶³, bem como para atribuição de direitos aos companheiros em nível legislativo, que, tradicionalmente, se reconhecem apenas a casados.

Diz o professor: Com efeito, a união estável ou concubinato sem impedimento forma entidade familiar (art. 226, §3º) e não família

§ 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.

⁶¹ A doutrina, no entanto, já empregava a expressão **união estável**, assim Orlando Gomes, desde a 1ª Ed de seu Direito de Família, como antes dito.

⁶² Bittar, Carlos Alberto, *in Inconstitucionalidade das Leis sobre o Concubinato*. Nova Realidade do Direito de Família: doutrina, jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário. Tomo 1. Rio de Janeiro, COAD: SC Editora Jurídica, 1998, pág.26.

⁶³ Entendemos, todavia, considerando os termos em que acha **normatizada constitucionalmente** a família, que as controvérsias dela resultantes devem ter solução a luz do Direito de Família e mas varas especializadas de família, mesmo que a ruptura da relação concubinária tenha ocorrido antes do advento da Lei nº 9.278/96. A jurisprudência no entanto é dividida. Veja-se alguns julgados:

UNIÃO ESTÁVEL – SOCIEDADE DE FATO – DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE – VIDA MORE UXORIO – ESFORÇO COMUM NA FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO – COMPROVAÇÃO – NECESSIDADE – LEI Nº 9.278, DE 1996 – IRRETROATIVIDADE DE LEI – JUÍZO COMPETENTE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL – Dissolução de sociedade de fato. Partilha de bens. Ação proposta pelo varão. Alegação de convivência more uxorio. Dissolução da sociedade de fato ocorrida antes do advento da Lei nº 9.278/96. Irretroatividade. Conflito de competência. Competência da 2ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias. Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal. Distinção das relações pessoais e patrimoniais, exigindo a prova efetiva da contribuição do concubino na formação do patrimônio comum. Decisão que merece reparo, quer porque fundada em texto legal com vigência após a dissolução da sociedade, quer porque não analisou adequadamente a prova dos autos. Provimento parcial do recurso. (CLG) (TJRJ – AC 17450/1999 – (03032000) – 8ª C.Cív. – Relª Desª Leticia Sardas – J. 18.01.2000)



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

(caput)... Não houve e nem haverá equiparação entre as duas noções, pois diversas, como das regras da hermenêutica jurídica se pode detectar: a) a primeira, de que não obriga a lei palavras inúteis (ora, a Carta de 1988, suas “família”, no caput do artigo 226, entidade familiar, nos §§3º e 4º); b) a segunda, de que a própria Constituição faculta, sob certas condições, a conversão concubinária em casamento (§3º), e, portanto, a convação de “entidade familiar” em “família”.

O eminente doutrinador sustenta também que as relações decorrentes da união estável não constituem matéria do Direito de Família.

Todavia, ousamos compreender de forma diversa. Se analisarmos o contexto histórico e social que ensejou o disposto na Constituição Federal e equacioná-lo com todos os princípios que regem o Direito de Família, chega-se efetivamente a diversa conclusão. Ademais, só da leitura da norma constitucional prevista no artigo 226 e seus parágrafos já se evidencia que a Carta Política não permite essa diferença. Não há, como ocorreu com as anteriores Constituições, qualquer referência à restrição do conceito de família.

As diversas disposições constitucionais referem-se à família de forma geral.

Ora, o vocábulo *entidade*⁶⁴ é empregado no sentido de indicar *aquele ou aquilo que tem existência distinta e independente, quer real, quer concebida pelo espírito; ente, ser. Indica também sociedade ou associação juridicamente constituída para um determinado fim: entidade de classe; entidade autárquica...*

Desse modo, a expressão entidade autárquica quer dizer autarquia; entidade de classe pode ser entendida perfeitamente como

⁶⁴ Entidade, segundo o Dicionário Aurélio Eletrônico:

[Do lat. med. entitate.]

S. f.

Aquele ou aquilo que tem existência distinta e independente, quer real, quer concebida pelo espírito; ente, ser: entidades históricas; entidades mitológicas.

2. Sociedade ou associação juridicamente constituída para um determinado fim: entidade de classe; entidade autárquica.

3. Inform. Em projeto conceitual de bancos de dados (q. v.), classe de objetos do mundo real pertencente ao escopo do sistema que está sendo projetado.

4. Inform. Elemento de projeto auxiliado por computador, como, p. ex., reta, curva, área, etc.

5. Bras. Sociedade ou grupo que dirige as atividades de uma classe.

6. Bras. Rel. Ser espiritual passível de devoção, como, p. ex., orixá, vodum, inquice, caboclo, preto-velho, etc.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

sindicato. Por conseqüência, entidade familiar, como família⁶⁵. A disposição do § 4º não deixa dúvida quanto à afirmação ao consignar: “*Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”.

O conceito de família, por tratar-se, antes, de um conceito sociológico, é certo, pode apresentar dificuldade e, por conseqüência, variar no tempo e no espaço. Essa mudança estrutural no conceito de família, todavia, foi muito bem apontada pela eminente Professora Heloísa Helena Barbosa⁶⁶ ao consignar que, apesar das várias intervenções legislativas na estrutura original do Código Civil, em termos jurídicos, existiu uma organização familiar até 1988 e outra que se instaurou a partir desse ano. Até o advento da nova ordem jurídica, inaugurada pela Constituição da República, a família representava em si uma instituição a ser preservada, quase um ente abstrato destacado de seus integrantes e, como ‘*celula mater*’ da sociedade, tinha a função, não declarada, de guardiã do seu patrimônio e moral. Fundava-se exclusivamente no casamento, sendo ilegítimas as uniões fora dele, assim como os filhos dela resultantes, os quais tinham seus direitos pessoais e patrimoniais determinados em função do ‘status’ jurídico de seus pais...

A partir de 1988, o ser humano passa a ocupar o centro do ordenamento, consolidando-se a dignidade da pessoa humana⁶⁷ como valor maior cujo respeito se impõe como valor estrutural da República, a determinar a revisão e adaptação de todo o sistema jurídico. Inicia-se a denominada ‘constitucionalização do direito civil’, que se fez forte no que concerne à família, à medida em que se lhe reconhece o papel de núcleo natural para o pleno desenvolvimento das potencialidades de seus

⁶⁵ Veja-se o que consigna o dispositivo:

Art. 226. **A família**, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

⁶⁶ Revista Brasileira de Direito de Família, “*Direito de Família no Projeto de Código Civil: Considerações sobre o ‘Direito Pessoal’*”, págs.20 e 21.

⁶⁷ Celso Ribeiro Bastos, segundo aponta Fernando Ferreira dos Santos em qualificada monografia intitulada PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PESSOA HUMANA(Santos, Fernando Ferreira dos, Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana- São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, pág.78), *anota, inicialmente, que o característico do artigo em exame (art.1º da Constituição Federal), é sua maior abrangência principiológica em relação às constituições anteriores. Destaca, então, que o sentido do dispositivo é indicar que ‘é um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas sejam dignas’, pois ‘esta é uma tarefa eminentemente pessoal. O sentido da vida humana é algo forjado pelos homens. O Estado só pode facilitar esta tarefa na medida em que amplie as possibilidades existenciais do exercício da liberdade’.*



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

integrantes novos princípios passam a reger a família, que deixa de ser hierarquizada, para permitir uma relação harmônica e igualitária entre seus integrantes, uma 'triangulação' das relações familiares, à medida que **o homem, a mulher** e a criança, nos seus papéis de pai, mãe e filho, passam a ter posições de mesmo nível, sem qualquer subordinação.

O vocábulo família, assim, especialmente após a Carta de 1988, passa a abranger não apenas a família legítima como qualquer outra, com o sem casamento. Todas passam a ter proteção do Estado. Todas são equiparadas.

Pontes de Miranda⁶⁸, por sua vez, aduz que ainda existem multiplicidades de conceitos da expressão família, ora significando o conjunto de pessoas que provém de tronco ancestral comum, ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil.

A família, contudo, é constituída não apenas pelo casamento, mas também por uma convivência estável **entre o homem e a mulher**, prestando-se assistência mútua. Isso quer dizer que a família é, antes de tudo, um fato sociológico, não se formando apenas pelo casamento.

Assim, as duas noções, entidade familiar e família são sinonímias. Logo, o reconhecimento de relação concubinária, ou melhor, da união estável, deve ser processada e julgada pelo juízo competente, que é o da Vara de Família⁶⁹, como já está pacificado nos tribunais pátrios. Trata-se de competência material, inclusive.

Com efeito, à vista dos novos conceitos e costumes sociais decorrentes de uma mudança de pensamento derivado de uma reelaboração do conceito de família e dos institutos dela decorrentes, cedendo ao império das pressões sociais e porque o direito é uma realidade dinâmica que sempre acompanha o fato social, o legislador constituinte deu a devida amplitude à idéia de família, abarcou também a família havida fora

⁶⁸ -MIRANDA, PONTES DE, Tratado de Direito de Família. Bookseller, MIRANDA, PONTES DE, Tratado de Direito, 2001, pág. 59.

⁶⁹ – **DIREITO PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – ARTIGO NONO DA LEI 9.278/96. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO – UNIÃO ESTÁVEL** – Com o advento da Lei 9.278/96, que regulamentou a união estável, cuidou o artigo nono, também da competência material, pela qualidade das partes – Relação jurídica concubinária – Estabelecendo competência originária das Varas de Família para processar e julgar ações dessa natureza. Portanto, toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, por merecer tratamento especializado. (TJDF – CC 198697 – (Reg. 35) – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Eduardo Ribeiro – DJU 04.02.1998)



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

do casamento⁷⁰, bem como àquela composta por um dos progenitores e sua descendência, a chamada família monoparental, conforme dispõe a norma constitucional.

Resultado disso, embora se firmasse no passado o posicionamento de que as questões relativas ao concubinato dever-se-iam processar no juízo cível, por versarem sobre direito obrigacional, a Lei Federal n.9278/96⁷¹ determinou que tal matéria se processasse nas Varas de Família⁷². Logo, toda e qualquer relação *concubinária*⁷³, inclusive se pura ou impura, deve ser declarada no juízo de família.

⁷⁰ Álvaro Villaça de Azevedo, *in* Estatuto da Família de Fato, São Paulo, Editora Jurídica Brasileira, 2001, pág.338/9, diz "a seu turno, anotava Arnaldo Rizzardo, em 1985, que o homem casado que tem mulher como dependente junto à previdência social, embora dela não separado, está autorizado a inscrever a companheira, se a vida em comum se prolonga por mais de cinco anos, ...ambas concorrem aos benefícios...A Lei 5890, de 8.6.1973, que alterou dispositivos da lei n. 3.807, de 1960, já não deixava dúvidas, segundo o art. 23: 'É lícita a designação pelo segurado de companheira que viva em sua dependência econômica mesmo não exclusiva, quando a vida em comum ultrapassar cinco anos devidamente comprovados. E o §2º: A existência de filhos em comum suprirá todas as condições de designação e de prazo'".

⁷¹ Art. 9º. Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

⁷² **CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS C.C. RESSARCIMENTO E REPARAÇÃO DE DANOS – RESOLUÇÃO Nº 221/94 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES** – É do juiz da vara de família a competência para julgar as ações oriundas de concubinato. (TJMS – CC – Classe B – VII – N. 63.478-8 – Campo Grande – 2ª T.Cív. – Rel. Des. João Maria Lós – J. 23.03.1999)

– **CONFLITO DE COMPETÊNCIA – UNIÃO ESTÁVEL – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA – LEI Nº 9.278, DE 1996** – Conflito de Competência. União estável. Ação ajuizada após o advento da Lei nº 9.278/96. Medida cautelar de arrolamento de bens proposta, em agosto de 96, pelo companheiro divorciado em face de companheira casada, preparatória de ação de reconhecimento de união estável, é da competência da Vara de Família. É de mérito a questão referente à situação pessoal dos conviventes, se livres ou se impedidos de se casarem, isto é, se se caracteriza a união estável ou se se fala de mero concubinato e se este se encontra sob a proteção da Lei 9.278/96. Tal enfrentamento não desloca a competência, que será sempre da Vara de Família, quando a ação tiver sido proposta após o advento da referida lei. Conflito procedente para se fixar a competência da Vara de Família. (MSL) (TJRJ – CC 542/97 – Reg. 200798 – Cód. 97.008.00542 – Volta Redonda – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Gustavo Kuhl Leite – J. 05.05.1998)

⁷³ Vale lembrar que a 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, cujo relator foi o Des. Toledo César(JTJ-Lex, 171/29;RT 661/99), em razão da comprovação do duplice relacionamento bem como da permanência do varão nos dois lares, porque houve, ainda que "pareça um contra-senso uma fidelidade destinada a ambas as famílias", reconheceu como sociedade de fato um concubinato adúlterino.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro, RT 684/190, por sua vez, também reconheceu efeitos jurídicos no concubinato impuro.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Esse redimensionamento constitucional que alargou o conceito de família, abraçando a família advinda de fora do casamento bem como a monoparental, jamais teve o condão, entretanto, de excluir a existência de um par, isto é, de um homem e de uma mulher, ao contrário, portanto, do que sustentam alguns operadores do Direito.

De fato, sustenta, v.g., a culta Des. Maria Berenice Dias que o fato de o conceito de família integrar às relações monoparentais, de um pai com os seus filhos, acabou afastando da idéia de família o pressuposto do casamento e, por conseqüência, deixou de exigir a necessidade de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação⁷⁴.

Com a vênua devida, a afirmação e a conclusão não estão corretas. A uma porque, não que seja a finalidade da família a construção descendencial, mas deve existir, pelo menos, em tese, a possibilidade, circunstância que requer, necessariamente a dualidade de sexos; a duas, porque nas famílias monoparentais a procriação já houve. Isso quer dizer, na verdade, que a família monoparental sempre foi família, não passando, assim, a ser considerada família após a Constituição Federal.

A grande e necessária mudança, efetivamente, advinda da nova Carta Política foi a de apreender no conceito de família aquela fora do casamento, mas, sempre, tendo como pressuposto fundamental à formação da família a dualidade de sexos.

Isso não quer dizer, no entanto, já restou assinalado alhures, e não se vai entrar no tema ser a homossexualidade considerada como distúrbio de identidade, como restou apontado no artigo referido e, por conseguinte um determinismo psicológico inconsciente, ou por outra, se é uma opção ou orientação sexual, que o Direito vá deixar de dar qualidade de caráter jurídico às conseqüências ou desdobramentos decorrentes de uma união homossexual. Não. O Direito é destinado ao fim social e seu aplicador tem a missão de interpretar as leis para mantê-las, disse Sérgio Giskow, citando Miguel Reale, em vida autêntica, isto é, ensina Reale que “o reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é um dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica”.

Assim, e para tudo, enfim, há de se proceder uma hermenêutica no sentido de se adaptar as regras jurídicas existentes aos

⁷⁴ FAMÍLIAS MODERNAS: (INTER)SECÇÕES DO AFETO E DA LEI - Ivone M. C. Coelho de Souza - Maria Berenice Dias(Publicada na Revista Brasileira de Direito de Família nº 08 - JAN-FEV-MAR/2001, pág. 62)



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

novos conceitos e disposições implantadas pelo novo ordenamento constitucional e leis posteriores, tais como a de n.º. 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente; a que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências, Lei n.º. 8.560, de 29 de dezembro de 1992 e outras que se sucederam, inclusive o novo Código Civil. *"O Jurista há de interpretar as leis com o espírito ao nível de seu tempo, isto é, mergulhado na viva realidade-ambiente, e não acorrentado a algo do passado, nem perdido em alguma paragem, mesmo provável, do distante futuro"*, é lição do Mestre PONTES DE MIRANDA.

Isso quer dizer, e por conseqüência óbvia, que mesmo antes do advento do novo Código Civil, se faziam revogadas no Direito de Família várias disposições do antigo Código Civil, veja-se, por exemplo, a prevista no artigo 344⁷⁵, que outorgava privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher, quando os tribunais passaram a admitir também a legitimidade do filho em buscar a verdadeira paternidade biológica⁷⁶, o que está absolutamente correto, posto que é o que se deflui do próprio atual sistema.

⁷⁵ Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (artigo 178, § 3º).

⁷⁶ AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – GENITORA CASADA – EXCLUSÃO DO RÉU DO FEITO – IMPOSSIBILIDADE – AO MARIDO NOS TERMOS DO ARTIGO 344, DO CÓDIGO CIVIL, CABE O DIREITO DE CONTESTAR A LEGITIMIDADE DOS FILHOS NASCIDOS DE SUA MULHER – NÃO AFASTA, CONTUDO, O DIREITO DOS FILHOS DE QUESTIONAR A SUA PATERNIDADE – A presunção de paternidade não se reveste de caráter absoluto, admitindo prova em contrário. Conhecer e negar provimento. Unânime. (TJDF – AGI 20000020045518 – 5ª T.Cív. – Relª Desª Haydevalda Sampaio – DJU 10.04.2001 – p. 37)

-JCCB.344 JCCB.338 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Cumulação com petição de herança – Filho havido fora do casamento pela mulher (filiação adulterina a mãe) – Possibilidade de ser promovida não pelo marido – Abrandamento da restrição imposta pela regra do artigo 344, do Código Civil – Presunção relativa da paternidade do artigo 338, do Código Civil, que permite a interpretação favorável a essa interpretação – Precedentes jurisprudenciais – Recurso provido para cancelar a r. sentença e prosseguir-se no feito. (TJSP – AC 117.479-4 – Franco da Rocha – 2ª CDPriv. – Rel. Des. Linneu Carvalho – J. 19.10.1999 – v.u.)

Embora em sentido contrário, mesmo após o advento na nova Carta Política, também se vêem algumas decisões, que se fazem equivocadas, no entender do firmatário. Veja-se:
-INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – FILIAÇÃO LEGÍTIMA – REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO – ANULAÇÃO DE REGISTRO – IMPOSSIBILIDADE – REIVINDICAÇÃO DO MARIDO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AGRAVO PROVIDO – Ação de investigação de paternidade. É vedado ao filho legítimo, havido na constância do casamento, propor a ação para anular o registro, para efeito de ver reconhecida a paternidade resultante de adultério da genitora. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. Art. 344 do Código Civil. Direito personalíssimo. Posição doutrinária tranqüila a respeito. Inaplicável o art. 363, que cogita da possibilidade dos filhos havidos fora da relação matrimonial (ex soluto et soluta) demandarem o reconhecimento da



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Com efeito, o complexo normativo regente das disposições do Direito de Família tem de ser entendidos e interpretados dentro do novo sistema imposto pelo ordenamento constitucional. Daí se extraem os princípios que hão de conduzir o pensamento do operador do direito, base à justiça e à sociedade a fim de que o processo seja realizado produzindo seus resultados com decisões justas. Por conseguinte, ao observar a norma, o jurista deve fazer verter sua interpretação⁷⁷ de conformidade com a Constituição, eis que é a única alternativa válida, eficaz e adequada para determinar seu real sentido, forma de atingir os ideais preponderantes de justiça e de segurança jurídica, embora as bases do Direito de Família estejam assentados no Direito Privado, sua vocação publicista atrelada à Carta Constitucional é inegável, basta ver que na Constituição Federal se encontram os institutos e princípios norteadores e a declaração do interesse do Estado na tutela e proteção da família como base da sociedade.

Com base nesses contextos e nessas digressões, pode-se afirmar que, especialmente hoje, é na Constituição Federal que se encontra apoiado o novo Direito de Família. Cobre-se com o manto constitucional os princípios asseguradores da relação familiar como, por exemplo, a consagração da paternidade responsável⁷⁸ e a dignidade da pessoa humana⁷⁹. Aliás, em todas as constituições modernas, tais como nas

filiação. Processo extinto por carência do direito de ação. Art. 267, inc. VI do CPC. Agravo provido. (TJRJ – AI 5.448/1999 – (Ac. 19101999) – 16ª C.Cív. – Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos – J. 09.09.1999)

-INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Ilegitimidade de parte – Contestação de filiação legítima por quem não é marido – Inadmissibilidade – Aplicação do artigo 344 do Código Civil – Recurso não provido. (TJSP – AC 238.224-1 – Jundiaí – 3ª CDPriv. – Rel. Des. Toledo César – J. 27.12.1995 – m.v.)

⁷⁷ Para Carlos MAXIMILIANO, *in Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.12): *O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.*

⁷⁸ CF. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

⁷⁹ CF. 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;

A dignidade da pessoa humana não é uma criação do legislador constituinte, como bem diz Fernando Ferreira dos Santos (opus cit.pág.79, 94 e 97). Apenas foi reconhecida sua



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

declarações de direitos⁸⁰, os princípios do Direito de Família merecem abrigo.

Com a evolução dos povos, destarte, sobressai-se a preocupação com as relações familiares e, conseqüentemente com a dignidade da pessoa humana⁸¹, que no Direito de Família se estende a diversos institutos.

É certo, no entanto, como bem mostra José Afonso da Silva, lembrado pelo eminente Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Vladimir Brega Filho⁸²: “que a dignidade da pessoa humana não é um criação constitucional, pois ela é um desses conceitos ‘a priori’, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da república Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

O culto Promotor de Justiça, trazendo à baila o pensamento de Flávia Piovesan, diz que o valor da dignidade da pessoa humana- imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta nos termos do art.1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos

existência uma vez que, como a própria pessoa humana, é um conceito *a priori*, um princípio absoluto, o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

⁸⁰ Vide, v.g.:

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

-Art.XVI. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2.O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes.

3. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. 1966.

Art.23.1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

2.O direito de se poder casar e fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a partir da idade núbil.

3.Nenhum casamento pode ser feito sem o livre e pleno consentimento dos futuros cônjuges.

⁸¹ Vale lembrar a Constituição Pastoral do Concílio do Vaticano II: “Tudo quanto existe sobre a terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e seu termo”.

⁸² Brega Filho, Vladimir, A relativização da Coisa Julgada nas ações de investigação de Paternidade, artigo publicado na página Jus Navegandi, fl.02.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

fundamentais e juntamente com os demais princípios fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Dizia Rui Barbosa, no entanto, que os nossos publicistas dão pouca importância aos princípios, quando eles as diretrizes que inspiram o sentido e se destinam a promover a devida orientação e aplicação das normas. Os princípios são tudo. Os interesses materiais da nação movem-se ao redor deles, ou melhor, dentro deles. Tal sua importância que Celso Antônio Bandeira de Mello⁸³ chega a afirmar que violar um princípio é mais grave que a transgressão a uma norma, pois ofende a todo o sistema. É a mais grave forma de ilegalidade e de inconstitucionalidade, conforme o princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais. Os princípios transcendem à literalidade da norma. São a viseira da boa hermenêutica. A estrutura lógica, a substância política ativa e afinada com os conceitos cambiantes de realidade e de justiça, verdadeiro axioma mutável destinado a captar as aspirações evolutivas que formatam o pensamento de um povo.

Dessa forma, evidencia-se que se pode afirmar, embora a alteração havida em torno do conceito de família, que jamais o legislador constituinte chegou ao ponto de emoldurar no conceito de família o relacionamento homossexual, ou mesmo a união homoerótica.

Aliás, a resistência do Congresso Nacional é tão grande a tal tema, como bem anota Gischkow Pereira⁸⁴, que até hoje não passou o projeto de Lei n. 1151/95 da então Dep. Fed. Marta Suplicy, que deixou claro na exposição de motivos que tal projeto não prevê a constituição de família, não fala em alimentos etc.

A jurisprudência pátria, salvante algumas decisões contrárias, não se divorciando dos princípios que orientam o ordenamento jurídico, e não desconhecendo e agindo sem discriminação, manifesta-se dentro desse pensamento constitucional, isto é, não encontra espaço para definir o mesmo tratamento entre o relacionamento homossexual e a união estável. Não vislumbra, portanto, um núcleo familiar existente entre pessoas do mesmo sexo. Mas não fechou os olhos ao problema, todavia, ao utilizar-se das normas de sobredireito constante dos artigos 4^o e 5^o da Lei de

⁸³ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores Ltda, 2000, 12^a ed. pág. 748.

⁸⁴ *Opus cit.* pág.201



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Introdução ao Código Civil⁸⁵, estendeu-lhe, inclusive, o manto até da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal⁸⁶, que nada mais é do que a aplicação das disposições dos artigos 1363 do revogado Código Civil de 1916⁸⁷ e do artigo 981 do atual⁸⁸, como o fez com a união estável antes do novo regramento constitucional. Veja-se, por exemplo:

EMENTA: APELACAO. RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. INEXISTENCIA DE UNIAO ESTAVEL. IMPOSSIBILIDADE DO SOBREVIVENTE SE BENEFICIAR DA HERANCA DO FALECIDO NOS TERMOS DO ARTIGO 2, INCISO III, DA LEI 8.971/94. O RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL DE DOIS HOMENS, NAO SE CONSTITUI EM UNIAO ESTAVEL PARA OS EFEITOS DO PAR. 3, DO ARTIGO 226, DA CONSTITUICAO FEDERAL E LEIS 8.971/94 E 9.278/96. A UNIAO ESTAVEL PARA SER RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR, EXIGE A CONVIVENCIA DURADOURA, PUBLICA E CONTINUA DE UM HOMEM E UMA MULHER, ESTABELECIDA COM OBJETIVO DE CONSTITUICAO DE FAMILIA, INCLUSIVE COM A POSSIBILIDADE DE SUA CONVERSAO EM CASAMENTO. AS OUTRAS ESPECIES DE UNIOES INFORMAIS, QUE NAO SE ENCAIXEM NA NOCAO DE COMPANHEIRISMO, INCLUSIVE ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO, ESTAO ABRANGIDAS PELA SUMULA 380, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (SEGREDO DE JUSTICA) (17FLS) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 599348562, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. ANTÔNIO CARLOS STANGLER PEREIRA, JULGADO EM 11/10/01)

⁸⁵ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁸⁶ 380 - Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. (D. Civ.; D. Proc. Civ.)

⁸⁷ LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916, Código Civil revogado. Art. 1363. Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

⁸⁸ LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, que instituiu o novo Código Civil. Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Nesse sentido, aliás, vale consignar, a propósito, as colocações do Prof. Thiago Hauptmann Borelli⁸⁹:

“Consigne-se que a união entre homossexuais existe, só que o Direito de Família dispensa o seu regramento e a sua tutela. O Direito de Família tutela os direitos, obrigações, relações pessoais, econômicas e patrimoniais, a relação entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e a dissolução da família, mas das famílias matrimonial, monoparental e concubinária. A união entre homossexuais, juridicamente, não constitui e nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável.

Mas se houver vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos à união homossexual.

Presentes esses elementos pode-se configurar uma sociedade de fato, independentemente de casamento ou união estável. É reconhecida a sociedade de fato quando pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fim comum (art. 1363 do Código Civil de 1916; art. 981 do Código Civil de 2002).

Assim, embora as relações homossexuais escapem da tutela do Direito de Família, não escapam do Direito das Obrigações.

É viável e plausível que duas pessoas do mesmo sexo mantenham vida comum sob o mesmo teto com o fim de partilharem dessa convivência entre si. Não estão preocupadas e interessadas na reação das outras pessoas (ou "O que os vizinhos irão pensar?"), estão preocupadas com a sua própria felicidade. Se há o sentimento de afeição comum devem viver juntas.

Assim, das uniões homólogas originam-se certos direitos de natureza patrimonial, que estão sendo cada vez mais reconhecidos pela jurisprudência. Não obstante, o reconhecimento como entidade familiar ainda está distante de ocorrer.

A súmula 380 do Supremo Tribunal Federal tem sido aplicada analogicamente aos casais homossexuais.

⁸⁹ Em seu artigo União Homossexual: reflexões Jurídicas, publicada no página jurídica Jus Navegandi



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

Se a sociedade é fruto de contrato consensual, realiza-se o seu objetivo, que é o interesse de ambos os contraentes, com a fusão dos seus esforços e recursos. Quando a lei menciona esforços, significa contribuição de natureza pessoal; quando se refere a recursos, refere-se a contribuições de natureza econômica.

Assim, reconhecida a sociedade de fato, deve haver a partilha dos bens amealhados pelo esforço comum, quando dissolvida essa sociedade, seja por separação ou por morte.

Deste modo, reconhecida a contribuição para a formação do patrimônio comum e verificado o término da sociedade homossexual, deve haver a distribuição igualitária desse patrimônio.

Se comprovada a convivência, a comunhão de vida e de interesses, pautada pela honestidade, estabilidade, coabitação e respeito recíproco, essa sociedade deve ser admitida e reconhecida, conseqüentemente, uma vez extinta, impõe-se a partilha equânime dos bens adquiridos pelo esforço comum.

Novamente trazemos à colação trecho do voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar⁹⁰, pois para ele "do fato de duas pessoas do mesmo sexo dividirem o mesmo teto, não importa por quanto tempo, não resulta direito algum e não cria laço senão o de amizade. Porém, se em razão dessa amizade os parceiros praticam atos da vida civil e adotam reiterado comportamento a demonstrar o propósito de constituírem uma sociedade com os pressupostos de fato enumerados no artigo 1363 do Código Civil, um de natureza objetiva (combinação de esforços) e outro subjetivo (fim comum), impende avaliar essa realidade jurídica e lhe atribuir os efeitos que a lei consagra. É certo que o legislador do início do século não mirou para um caso como o dos autos, mas não pode o juiz de hoje desconhecer a realidade e negar que duas pessoas do mesmo sexo podem reunir esforços, nas circunstâncias descritas nos autos, na tentativa de realizarem um projeto de vida em comum. Com tal propósito, é possível amealharem um patrimônio resultante dessa conjugação, e por isso mesmo comum. O comportamento sexual deles pode não estar de acordo com a moral vigente, mas a sociedade civil entre eles resultou de um ato lícito, a reunião de recursos não está vedada na lei e a formação do patrimônio comum é conseqüência daquela sociedade. Na sua dissolução, cumpre partilhar os bens".

⁹⁰ STJ – 4ª T; Rec. Esp. Nº 148.897-MG; Boletim AASP nº 2057, 01 a 07.06.98, pág. 585.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Convém ressaltar, por outro lado, que há manifestações judiciais em sentido diverso, apontando como vetor de orientação ao Direito de Família o fato de existir amor, afeto, entre os parceiros do mesmo sexo.

Esse argumento, no entanto, com a vênua devida, não tem o condão de direcionar a matéria ao Direito de Família, e o eminente Desembargador Sérgio Fernando S. de Vasconcellos Chaves no AI 70000535542 – 8ª C.Cív⁹¹, bem soube expressar-se ao abordar o tema. Vale transcrever seu voto:

“...Tenho que o legislador constituinte, quando cuidou de dar à união estável a feição de entidade familiar, não procurou proteger o amor nem os amantes, ele procurou proteger a família, vista como sendo a base do grupo social... como também não constituiu núcleo familiar uma mera união de um homem e uma mulher, pelo só fato de existir afeto.

A própria união de um homem e uma mulher não casados deve ser examinada restritivamente, porque ela é excepcional. É que a lei diz que a família inicia com o casamento, e quando o legislador constituinte disse que “para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável (...)” e “entende-se, também, (...) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, está excepcionando a regra geral de que a família começa com o casamento. E não se pode, por princípio elementar de hermenêutica, interpretar ampliativamente a exceção.

A família começa a partir do casamento, porque assim está estruturado o ordenamento jurídico, mas o legislador constituinte deu um passo fabuloso, terminando com aquela postura hipócrita que grassava antes, em que tínhamos famílias constituídas de maneira igual à do casamento e que eram discriminadas. O legislador constituinte reparou esse erro na Carta de 1988, em que trouxe para a proteção do Estado essas outras famílias, que apenas não haviam sido constituídas com a chancela estatal, bem como aquelas compostas por um genitor e a prole.

Não consigo vislumbrar, porém, um núcleo familiar na união de dois homens ou duas mulheres apenas pelo fato de que, entre elas, exista afeto. Quando falo “elas”, falo de pessoas. Não é o afeto o fato jurígeno, o fato jurígeno é a constituição de uma família.

Afeto também existe entre amigos, com ou sem relacionamento sexual entre eles, e nem por isso vamos dizer que os amigos

⁹¹ Revista Brasileira de Direito de Família – Nº 10 – Jul-Ago-Set/2001 – JURISPRUDÊNCIA.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

podem pedir alimentos uns para os outros, e há amizades de 30, 40, 50 e até de 70 anos...

Existem amigos que dividem apartamentos e que mantêm verdadeira sociedade de fato, sem que um ou outro sejam homossexuais, ou mesmo sendo que mantenham vínculo sexual entre si. Será que a homossexualidade, por si, deve ensejar maiores direitos? E, se for assim, não estarão sendo discriminados os não homossexuais?

Parece-me que, no momento em que eu disser que não reconheço direito a alimentos ou direitos previdenciários com relação a dois amigos que vivam durante 30 anos juntos numa casa, eu estaria diferenciando esse afeto que une dois amigos, da situação de outros dois amigos que mantêm relacionamento sexual entre si. Seria, então, o relacionamento sexual entretido por ambos que privilegiaria essa relação e daria margem a que, por exemplo, se fixasse a obrigação alimentária?

Na verdade, quando o legislador estabelece obrigação alimentária na família, ele está convertendo em obrigação jurídica um compromisso ético que vincula duas pessoas que se propuseram a dividir a vida, a somar esforços, que estabeleceram um compromisso amplo de solidariedade irrestrita, que unem duas pessoas com o propósito de constituir família, estabelecer prole ou ambiente próprio para receber uma prole e, assim, construir um legado social....

A união estável é um concubinato qualificado por constituir uma entidade familiar, em vista das suas características peculiares.

Não reconheço como união estável a relação entretida por duas pessoas do mesmo sexo, mesmo que vivam juntas, mantenham intimidade sexual e nutram, uma pela outra, afeto intenso. Penso que dependem de um melhor amadurecimento, no plano social, estas estruturas novas e entendo prematuro, inadequado ou, talvez, impróprio considerá-las como núcleo familiar, embora essas outras estruturas sociais mereçam receber uma regulamentação legal..."

CZAJKOWSKI⁹², sublinhe-se, faz crítica veemente ao fato de considerar-se como família as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo: "União homossexual não é família, diz o autor. Por mais estável que seja, não forma uma entidade familiar. [...] relação homossexual não é família, e não deve ser tratada no direito de família".

⁹² CZAJKOWSKI, Rainer. União livre: à luz das Leis nº 8.871/94 e nº 9.278/96. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999, p. 71, 217



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

“Às vezes, e de forma equivocada, procura-se conceituá-las como uma espécie de casamento, o que é tecnicamente indesejável”.

No mesmo sentido posiciona-se, entre outros tantos, Pereira Júnior⁹³ e José Lamartine Correa de Oliveira⁹⁴, ao apontar que uniões homossexuais *podem ter relevância jurídica em outros planos e sob outras formas – não como modalidade de casamento.*

De fato, a nosso ver, com a vênua dos entendimentos diversos, em face do óbice constitucional, embora ambas tenham um ponto convergente – o vínculo afetivo e a comunhão de interesses -, não se pode equiparar a união homossexual à união estável, mas isso não quer dizer que se vá afastar o manto do direito aos desdobramentos dessa relação.

A aceitação do homossexual não é igualá-los ao que não são para suprir lacuna jurídica e social, mas absorvê-los como seres humanos que são, na plenitude de sua dignidade. São titulares de direitos e obrigações, e impõe-se oportunizar o devido amparo às conseqüências dessas relações, como alhures consignado.

De mais a mais, para a existência de uma união estável, além da diversidade de sexos, não podem existir impedimentos legais ao casamento, basta passar-se os olhos no artigo 1727 do Código Civil⁹⁵.

A união estável é uma relação sem impedimento legal para o casamento, mas entre um homem e uma mulher, que vivem como se casados fossem, que apenas não se casaram por opção⁹⁶.

Veja-se, portanto, que até mesmo havendo dualidade de sexos, mas existindo impedimentos, não se pode ter presente a união estável.

Então, pergunta-se: **a lei permite o casamento de pessoas do mesmo sexo?** A lei permite que o relacionamento de duas pessoas de

⁹³ PEREIRA JÚNIOR, Mauro Bley. Adoção por homossexual. Revista da Assessoria de Apoio aos Juizados da Infância e Juventude – AAJIJ, Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, Curitiba: Juruá, n. 1, p. 21, 1999.

⁹⁴ CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine e MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família, 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 215:

⁹⁵ Art. 1727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

⁹⁶ Código Civil art. 1726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.



CFF

Nº 70025659723

2008/CÍVEL

sexos diferentes, mas impedidas de casar, possa ser reconhecido como união estável? **Ou será**, como consignou o nobre Des. Sérgio Fernando S. de Vasconcellos Chaves, no AI 70000535542 – 8ª C.Cív⁹⁷, **que a homossexualidade, por si só, deve ensejar maiores direitos?**

A união homossexual, portanto, sob o ponto de vista jurídico-constitucional está fadada a submeter-se ao regime jurídico das sociedades civis⁹⁸ da mesma forma como foi o regramento da união estável antes do advento da Constituição Federal de 1988.

Para finalizar, deve-se registrar que conclusão do juiz de direito referido na inicial, com o respeito devido, faz lembrar o fenômeno Magnaud que, como diria Carlos Maximiliano, foi apenas “retumbante manifestação de ideologia pessoal”⁹⁹.

Diz mais o grande hermeneuta¹⁰⁰: **“a verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada**, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao mesmo assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal por tudo em relação aos princípios gerais¹⁰¹, o

⁹⁷ Revista Brasileira de Direito de Família – Nº 10 – Jul-Ago-Set/2001 –Jurisprudência.

⁹⁸ AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E/OU SOCIEDADE DE FATO, C/C INDENIZAÇÃO – Processo extinto, sem julgamento do mérito. Ausência de condições da ação. Art. 267, VI, do Código de Processo Civil. União entre homossexuais. Impossibilidade de reconhecimento das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Pedido, no entanto, alternativo, sendo possível a existência de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Incompetência absoluta do juízo da vara de família. Deslocamento da competência para o juízo cível. Sentença completamente desprovida de fundamentação. Nulidade absoluta declarada. Sentença cassada. Recurso provido. (TAPR – AC 131.962-0 – (Ac. 11335) – 1ª C.Cív – Rel. Juiz Mário Rau – J. 17.08.199908.17.1999)

⁹⁹ Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 9ª ed. 3ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pág. 83

¹⁰⁰ Obra citada, págs 129/30.

¹⁰¹ Aliás, vale lembrar as colocações Carlos Alberto de Oliveira Cruz, publicadas na RJ nº 248 - JUN/1998, pág. 15 intitulada de FALÊNCIA E CONCORDATA - A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA NO DIREITO CONCURSAL BRASILEIRO, em que, sustentando que os princípios gerais são fundamentais para respaldar a interpretação sistemática e dar sentido aos diversos institutos, traz à baila a lição de Eduardo Garcia Enterría, constante na obra *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civitas, 1984, p. 24-25. Veja-se: “. EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA anota: “... la elección del critério interpretativo, que es un prius lógico para poder abordar la comprensión de un texto (supuesta la diversidad de estos critérios: gramatical, lógico, sistemático, histórico, comparativo, doctrinal, jurisprudencial,



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

conjunto do sistema em vigor.” (Hermenêutica e aplicação do Direito. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 129-130)

Dentro desse contexto, pode-se afirmar que, a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha, representa, efetivamente, um marco na proteção da família e um resgate à cidadania feminina, na medida em que rompe o trágico ciclo que viola os direitos humanos. Protege a mulher. Agora, qualquer ação ou omissão contra a mulher que lhe cause dano físico, sexual, psicológico, moral ou patrimonial, no âmbito doméstico, familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, é crime próprio, sujeito à prisão, sem possibilidade legal de substituição da prisão por cesta básica ou qualquer outra prestação pecuniária.

Cuida-se da mulher, portanto, basta sua leitura.

Dessa forma, o sentido que os requerentes procuram trazer em relação ao artigo 5º da lei referida¹⁰² e ¹⁰³ represente um desprestígio às mais comezetinhas regras de hermenêutica, pois basta lembrar que o parágrafo guarda estreita relação com o **artigo** a que está atrelado, como cansa de lembrar Tourinho Filho. Ora, o artigo, como todo o corpo da Lei 11.340/06, não poderia ser mais claro: Veja-se:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher...

análogico, o bien com alcance restrictivo, estricto, ampliatorio, absoluto o relativo, etc.), no pueda hacerla el juez - como acabamos de ver en el párrafo anterior - sin acudir a los principios generales, que son los únicos instrumentos disponibles para dar sentido a las instituciones y para articular éstas en el sistema general del ordenamiento."

¹⁰² Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar **contra a mulher** qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com **a ofendida**, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

¹⁰³ Que até poderia englobar uma relação homossexual feminina.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

...
III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Ante o exposto o parecer pelo indeferimento do pedido pela sua flagrante impossibilidade jurídica. Amparo no artigo 267, inciso VI, primeira figura, do Código de Processo Civil¹⁰⁴.

Mais não precisa ser dito, senão ratificar a conclusão do parecer adotado, de lavra do Promotor de Justiça Dr. João Hubert Jaccottet Neto, do parecer do Procurador de Justiça, Dr. Antônio Cezar Lima da Fonseca e também da sentença de primeiro grau, todos pela impossibilidade jurídica do pedido.

Diante do exposto, voto pelo improvimento do apelo.

DES. RUI PORTANOVA (PRESIDENTE)

Praticar a justiça e o direito agrada mais ao Senhor do que um sacrifício (Pr 21,3).

1. PRELIMINARES

Quero começar destacando duas preliminares:

A primeira vem alegada pelo Ministério Público neste grau de jurisdição e, aqui, estou acompanhando integralmente o relator.

¹⁰⁴ Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

VI - quando não ocorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

A segunda preliminar diz com o fato de o digno julgador de primeiro grau ter referido, ao decidir, que estaria diante de uma “impossibilidade jurídica do pedido”; ou seja, uma das causas de resolução do processo, sem julgamento do mérito.

Não vou me prender à questão de se, no caso de se falar de “impossibilidade jurídica do pedido”, se está ou não adentrando ao mérito.

Meu enfoque aqui é outro: quero me ater a um dado eminentemente processual.

Quando o Juiz diz que não há possibilidade jurídica do pedido, acaba tocando em uma das condições da ação. É como se tivesse dito: “os autores sequer poderiam ter vindo ao Judiciário”. Isso porque, para movimentar a Justiça, é necessário atender, no mínimo, a três condições: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido. É a teoria de *Liebman*, acolhida pelo Código de Processo Civil brasileiro.

Apesar de se dizer que o Código de Processo Civil adota o princípio integral de *Liebman*, vale a pena notar como o art. 3º enuncia: “para propor ou contestar ação, é necessário ter interesse e legitimidade”.

Ou seja, o Código de Processo Civil não diz que, para propor a ação, a parte tem de preencher a condição de fazer “pedido possível”. Essa omissão abre a possibilidade de se dizer que as partes podem fazer pedidos ainda não encontrados expressamente no ordenamento jurídico.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Claro, não se está dizendo que a parte vai ganhar. O que se está dizendo é que a parte “tem direito a uma decisão de mérito”. É no curso da ação, com contestação, prova e análise judicial que se verá se ela tem ou não direito subjetivo a ser declarado.

Então, estou entendendo que, quando o Juiz usou a expressão “impossibilidade jurídica do pedido”, basicamente, quis adentrar ao mérito da questão, para saber se pode ou não fazer o casamento e, no fundo, entendeu que não pode.

Mas, também, estou aproveitando para dizer que o pedido dos recorrentes é legítimo exercício de seus direitos de movimentar o Poder Judiciário e de buscar uma decisão jurídica de fundo.

Questão muito semelhante foi enfrentada, recentemente, pelo STJ, no julgamento do REsp 820475, em que se discutia a possibilidade de reconhecimento da união estável entre dois homens.

O juízo singular entendeu não ser possível, por ausência de disposição legal expressa, e extinguiu o feito por “impossibilidade jurídica do pedido”. A preliminar, no entanto, foi superada pelo STJ, que declarou, por maioria, não ser o caso de impossibilidade jurídica. Entendeu o Tribunal que a impossibilidade jurídica do pedido estará configurada somente naquelas situações de *expressa vedação legal*.

E agora o detalhe relevante: tanto no caso do REsp 820475, quanto no caso do presente apelo, não se vislumbra qualquer vedação legal.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Pelo contrário, considerando que o Direito é um sistema ordenado e harmônico de normas, é fundamental reconhecer que os dispositivos da Constituição e da legislação ordinária que tratam do casamento precisam ser compatibilizados com outros dispositivos constitucionais, como por exemplo: preâmbulo; art. 1º, II, III; art. 3º; art. 4º, II; art. 5º, caput, I, II, III, IV, X, XXXV, §§ 2º e 3º; art. 19, III; art. 193; art. 226, caput e § 4º.

Estou, de propósito, tomando em consideração, preliminarmente, este enfrentamento, já como direção do meu voto. Com isso, parece lícito dizer, acompanhando o STJ, que o reconhecimento de união estável homossexual não é ato proibido expressamente por lei.

E quero, nesse ponto, desde logo, acrescentar: o casamento entre pessoas do mesmo sexo, por igual, não é ato jurídico proibido expressamente por lei.

Não há vedação legal expressa.

Vale a pena notar que o Ministério Público e o juízo de primeiro grau não chegam a indicar um dispositivo claro, concreto e incisivo, dando conta de que a lei veda o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A saber:



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

A sentença refere o “novel Código Civil, que, em momento qualquer, possibilita a interpretação de que seja possível a realização do matrimônio de pessoas do mesmo sexo”.

Em seguida, o ato sentencial alinha os artigos 1.514, 1.517 e 1.565, que se reportam ao fato de que o casamento seria uma instituição reservada a “homens e mulheres”.

Assim:

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

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

Neste grau de jurisdição, o Ministério Público entende (fls. 197/198) que “a lei brasileira não permite o casamento de pessoas de mesmo sexo”. E conclui que “não há previsão legal para essa forma de união no direito brasileiro”.

Não nego que guardo boa certeza que o legislador, enquanto legislador, não pensou em viabilizar o casamento entre homossexuais. Contudo, é bem ver que, uma coisa é o que “pensa” o legislador enquanto ser humano, outra coisa, é o que está “escrito” - e o que “não está escrito” - na lei.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Nesse passo, não existe uma norma proibitiva expressa dizendo, por exemplo: é proibido o casamento de homens com homens e ou mulheres com mulheres.

Naquilo que existe sobre a matéria, penso que, se o intuito da lei fosse afastar a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ao invés de usar a expressão “homem e mulher”, usaria “homem com mulher”.

Logo, é lícito dizer que são os intérpretes e as interpretações que levam à impossibilidade de se admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Contudo, a lei não manifesta uma expressa, concreta e explícita vedação.

São as interpretações da lei – e não a lei – que têm levado os juristas a dizer da inviabilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Logo, trata-se, aqui, de decidir a respeito da melhor forma de interpretar a lei e o sistema jurídico brasileiro.

E, nesse contexto, gostaria de dividir este voto em duas partes: a primeira, diz com Direito e Teoria; e a segunda, com Direito e Poder.

2. DIREITO E TEORIA



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Estado de Direito.

Existe um Direito, no Brasil, que organiza o Estado e disciplina seu funcionamento. E sobre esse Direito pode-se dizer que, por vezes, encontra-se claramente expresso em regras jurídicas e, por outras, não.

Por isso, o Judiciário precisa fazer uma espécie de integração daquela lacuna existente na legislação, onde o Direito não aparece expresso ou claro. Com efeito, são inúmeras as situações em que os fatos escapam à abstração da lei.

A considerar, ainda, que a sociedade no seu evoluir vai, pouco a pouco, agindo numa dinâmica jurídica, criando e extinguindo direitos, com uma velocidade impossível de acompanhar pela lei escrita.

Não se pode perder de vista, ainda, que dentro desse Direito – que existe – sempre há a possibilidade de os Juízes entenderem que se está diante de um conflito de normas. E esse conflito pode se dar da Constituição em relação à determinada lei; de uma lei em relação à outra lei; ou até de alguma norma constitucional em relação à outra norma constitucional.

Cabe, então, ao juiz “compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais”. (...) “Essa lei deixa de ser um objeto e transforma-se em componente de uma nova norma, vista não como texto legal, mas como o significado de sua interpretação e, nesse sentido, como um novo objeto” (Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 45).



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Nessa tarefa de extrair do texto a norma, sobra ao Judiciário o Poder, ou uma parte do Poder, de dizer o Direito.

A Constituição da República e o caso concreto.

Não quero perder o rumo. Estou falando de Direito e Teoria, que é o primeiro ponto.

Ou seja, não me afasto do Direito.

Se o tema é relevante, vou buscar a fonte mais relevante do Direito: a Constituição. A Lei Maior. A Lei Fundamental.

Vou interpretar o caso à vista da Constituição da República.

E, como vou decidir de acordo com a Constituição, é indispensável que eu lembre das lições sobre como interpretar a Carta Magna. Com efeito, não se pode esquecer que, para ter a Constituição como instrumento de fazer Justiça é indispensável bem interpretá-la.

Nesse passo, inúmeras teorias se apresentam, a serviço do intérprete, como ferramentas para alcançar a efetividade das normas constitucionais.

No Brasil, vige o princípio da interpretação conforme a Constituição, o que implica dizer que os textos legais não são auto-



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

suficientes, mas que dependem de uma leitura dos princípios constitucionais, a fim de lhes dar suporte valorativo, integrando a regra jurídica ao ordenamento, como um todo harmônico.

Note-se que o direito “não é pura norma, mas a síntese da tensão entre norma e realidade com que se defronta” (GARCÍA-PELAYO, *apud* José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.31).

E, nesse embate entre realidade e Direito, para defender a supremacia da Constituição e dos princípios por ela encampados, vou escudar-me na teoria concebida por *Ernest Zitelmann*, que trata de normas de Direito e de Sobredireito (*überrecht*).

Entre nós, essa teoria das normas de sobredireito foi aplicada, para a Constituição, por Pontes de Miranda; e, para o Processo Civil, por Galeno Lacerda (*O Código e o formalismo processual*. Revista da Ajuris, n.º 28, 1983. p. 08-11).

Segundo Pontes de Miranda, o recurso às fontes e aos métodos de interpretação das leis constitui sobredireito, “porque determina a formação das regras e o seu alcance lógico. [...] “O Método de Fontes e Interpretação da Constituição é o que resulta do sistema de sobredireito que ela supõe” (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. 2.ed. 2 tiragem. São Paulo: RT, 1973. p. 92-95; 172).

É possível, então, afirmar que, em um mesmo ordenamento jurídico, coexistem normas de Direito e de sobredireito, sendo que estas



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

últimas prevalecem em relação às primeiras. São elas que devem orientar a interpretação e a aplicação das regras jurídicas diante das situações concretas.

As normas de Direito servem para orientar aqueles casos mais identificados. Já as normas de sobredireito – que devem sobrepairar as de Direito – trazem uma visão mais geral, mais completa, e emprestam dinâmica e conteúdo às normas de Direito.

Portanto, quando se lê a Constituição, é necessário saber que se está lendo um estatuto que tem “normas de Direito”, iluminadas e regidas por “normas de sobredireito”.

E essas “normas de sobredireito” não podem ser esquecidas: são elas que mais interessam para o julgamento do presente caso.

Vou me deter a algumas.

A saber:

Dignidade da pessoa humana.

A primeira norma de sobredireito que aqui interessa é o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III da nossa Constituição da República e em inúmeros diplomas internacionais.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Esse princípio constitui elemento de sobredireito que permeia a interpretação de qualquer sistema jurídico que se pretenda constitucional.

Tal como se extrai da norma, em sendo humano, este “ser” não pode ser tratado indignamente. Ele tem que ser tratado com dignidade.

Não interessa, para essa norma de sobredireito, de quem estamos tratando.

Se estamos julgando um ser humano, temos que tratá-lo com dignidade.

Dito de outra forma: por mais grave que seja o caso, não podemos julgar o ser humano com indignidade.

Não se pode perder de vista, ainda, o **sentido positivo** do princípio da dignidade humana. Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet, “percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004. p. 112).

Em seqüência lógica, vem a igualdade.

Igualdade.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Trata-se de outro princípio, previsto na Constituição da República de 1988 (artigo 5º, *caput*), e que inspira toda a ordem jurídica.

E, aqui, não estou me referindo à igualdade formal, mas à igualdade que reconhece a diferença e as peculiaridades daquele ser humano que deve ser tratado como digno.

Não se pode perder de vista que o princípio isonômico tem dupla significação: teórico, como repulsa a privilégios injustificados e discriminações; e prático, como igualizador, ajudando a aplicação da norma em caso de insuficiência ou inadequada igualdade diante das peculiaridades de cada caso concreto.

Até aqui, concordamos que as pessoas têm de ter uma igualdade completa e complexa, no sentido de que o Direito deve dispensar tratamento isonômico a todos, sob pena de ferirmos um dos mais essenciais princípios. Qual seja, o princípio jurídico de tratar igualmente os iguais.

Assim, o ser humano é digno e tem que ser tratado com igualdade. E não pode ser discriminado.

Não discriminação por sexo.

Uma terceira norma de sobredireito é a que diz com a não-discriminação por sexo.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Por que esses dois senhores não podem casar? Porque, quando se olha para eles, se vê dois homens.

Eis a discriminação: se um deles fosse mulher, o casamento seria viável.

Mas a discriminação não se justifica.

É importante que se sublinhe que, quando nos colocamos a discutir a orientação sexual das pessoas, seja ela qual for, invadimos uma dimensão tão privada que, talvez, em sede de Direito não se devesse ter a liberdade de fazê-lo.

A sexualidade humana compõe os direitos de personalidade e orientar-se conforme sua vontade, fazer escolhas, alterar o próprio meio, adaptando-o às suas necessidades, isso tudo faz parte da essência do ser humano, portanto não pode ser tido por “não-natural”.

A sexualidade é apenas um dos inúmeros traços singulares que compõem o indivíduo da raça humana.

[...] é necessário, portanto, ler a sexualidade humana não apenas biologicamente, mas antropológicamente, numa perspectiva que não pretenda calcar sua compreensão sobre aquela (aliás, essencial) dos seus mecanismos fisiológicos, ou sobre o mero funcionamento dos órgãos com os quais extrinsecamente se manifesta e que, por isso mesmo, denominamos sexuais. É necessário pesar a sexualidade humana com referência a toda a pessoa, como



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

direcionada não apenas à reprodução da espécie, mas, em primeiro lugar à própria reprodução do eu. (Francesco D'Agostino. Bioética Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 129-140)

Eles se amam da mesma forma como nós, homens heterossexuais, amamos as nossas mulheres. Elas se amam, da mesma forma como mulheres heterossexuais amam seus maridos.

Mas os requerentes não podem casar, apesar de serem dignos e iguais, sofrem a discriminação por causa do sexo.

Está clara a discriminação ao não se permitir o casamento, por causa do sexo que eles portam.

Volto ao Direito, para lembrar que há uma norma elementar de sobredireito que impõe a não-discriminação por sexo.

O artigo 5º da Constituição da República é suficientemente claro acerca das “discriminações injustificadas” (Celso Antonio Bandeira de Mello. *Conteúdo Jurídico do Principio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002 p. 9-11). A discriminação por orientação sexual está abrangida no elenco repudiado pela ordem constitucional.

O legislador constituinte optou por “vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são [expressões] suficientemente abrangentes para recolher, também, aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos”. (José Afonso da



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Silva. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.226-227)

Parece claro: nega-se a duas pessoas a possibilidade de escolher com quem casar, fundando-se na discriminação de sexo, por se entender que o casamento é uma instituição que só comporta pares heterossexuais.

Uma família para o cidadão.

Em pleno século XXI, é preciso reconhecer que, já há muito, a família perdeu a característica de fábrica de servos tementes a uma autoridade sacrossanta.

O Estado secularizou-se, a família emancipou-se dos desmandos do Príncipe, e as pessoas vivem suas liberdades individuais plenamente, amparadas em uma ordem jurídica que as vê e as respeita em sua individualidade.

A dignidade está no ser humano, pelo simples fato da existência. E não há se falar em uma gradação da dignidade: não há ser humano “mais digno” ou “menos digno” (nem “mais natural” ou “menos natural”). Todos são igualmente dignos. É este o eixo da ordem jurídica, o fundamento da República.

Toda interpretação de texto legal deve partir desta premissa. Não há como reduzir a pessoa humana, nem classificá-la com base em suas



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

peculiaridades, suas características pessoais, seus gostos, suas preferências, suas idéias, sua maneira de se vestir, de se portar, de ver o mundo, de pensar a Religião, a moral, a política, as artes, o sexo, a vida.

A pessoa humana, “no epicentro axiológico” da Constituição implica a idéia de que “é o Estado que deve estar a serviço das pessoas, e não o contrário” (Daniel Sarmiento. *Livres e Iguais* – estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006. p. 66).

Então, é esse sujeito de direitos, exhaustivamente apresentado até aqui, na sua versão moderna e pós-moderna de cidadão, de pessoa humana, de ser livre e racional, que se encontra representado nesta ação.

Eles, aqui chamados de partes, hoje recorrem ao Judiciário, a fim de verem reconhecidos os direitos à dignidade, à igualdade, à não discriminação de sexo, entre outros; direitos estes que já lhes pertencem e que já foram reconhecidos pela Constituição da República.

São direitos imediatamente vigentes. São direitos de hierarquia extrema. São normas iluminadas pelo sobredireito. Enfim, são direitos fundamentais que vinculam todos os entes estatais.

Data venia, soa até ilegal negar a aplicabilidade e a imperatividade dos princípios constitucionais. Parece ilógico afastar a possibilidade de os autores casarem. Sugere inadequado propugnar por uma interpretação restritiva da Constituição da República.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

A interpretação da lei feita pelo Judiciário não pode limitar direitos e garantias constitucionais, sobretudo, quando há menção expressa de sua tutela na Constituição da República.

Não é lícito ao juiz fazer interpretação do Direito de forma a afrontar os valores consolidados pela Lei Maior.

Por todos os argumentos que reúno, neste primeiro Título, espero ter demonstrado que, do ponto de vista da Teoria do Direito, do ponto de vista jurídico, reputa-se possível o casamento dos requerentes.

Portanto, até aqui, foi possível delinear que temos um direito posto e todas as possibilidades de realização desse Direito.

É claro que é próprio desse direito admitir o conflito de concepções interpretativas, porque “não há direito que não exija ser interpretado” (Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 534).

Mas o que está faltando para que os autores casem? Falta o exercício de um Poder do Estado, constitucionalmente incumbido de efetivar esse direito.

Então, passo a tratar desse tema no Título que segue, a fim de verificar se o Estado-Juiz pode (no sentido de “ter Poder de”) determinar que, nos termos do pedido dos autores, seja realizado o casamento.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

3. DIREITO E PODER

Há uma idéia de que o século XIX foi o século do Parlamento. Com efeito, muito se cogitou sobre o Parlamentarismo em todo o mundo. Já o século XX foi o século do Poder Executivo. Exemplos máximos foram as ditaduras que, entre nós latino-americanos, trouxeram muitos sofrimentos. Agora, o século XXI seria o século do Poder Judiciário.

E, realmente, a partir do final do século XX, após o advento da Constituição da República de 1988, no Brasil, começa-se a ver a força do Poder Judiciário.

Os Poderes Executivo e Legislativo não foram capazes de implementar algumas conquistas constitucionais no Brasil.

Não se deve, contudo, subestimar a força de uma sociedade civil organizada, ciente de seu espaço e de sua força transformadora. Daí a importância de que cada ser humano se reconheça e seja reconhecido como cidadão, como membro de uma sociedade politicamente organizada.

Por isso, nessa quadra da história, o cidadão recorre ao Poder Judiciário para buscar os direitos prometidos pela Constituição e ainda não implementados pelo Estado.

O juiz, nesse contexto de (neo)constitucionalismo, não é mais o “funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle de sua constitucionalidade, tem



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

o dever de definir os litígios, fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais” (DAMASCA, apud MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 93).

Há quem afirme vivermos em “uma ditadura do Poder Judiciário”.

Contudo, nunca tive notícias de “ditadura participativa” (até porque não seria uma ditadura, mas uma Democracia), movida pelos princípios da inércia e do impulso oficial; não tenho notícias de uma “ditadura dialogal”, em que todos os interessados intervêm nas ações do ditador, que precisa fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade.

Logo, não há nenhum sintoma de ditadura, o que se precisa é a consciência de que se está diante de um Poder de Estado que tem a possibilidade de, a cada caso concreto, dar uma solução que lhe pareça mais justa.

Então, temos “o Direito”, temos boa “Teoria” e temos o “Poder”.

Por isso, por exemplo, se este Tribunal entender que os autores podem casar, eles vão casar. E, mesmo que este Tribunal entenda pela impossibilidade do casamento dos autores, eles ainda poderão recorrer ao Superior Tribunal de Justiça. Naquela Corte, se os Ministros derem provimento ao pedido, eles vão casar. Do contrário, os autores podem, ainda, levar seu inconformismo até o Supremo Tribunal Federal; e, se



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

aqueles Ministros entenderem possível o casamento, eles vão casar. E ninguém mais vai poder mudar isso, exceto eles mesmos.

Espero estar sendo claro. Estou dizendo que o Poder Judiciário tem o Poder de permitir este casamento.

Como visto, há Direito e boa Teoria que sustentam tal decisão.

E agora digo: o Judiciário tem Poder para deferir o pedido, sem cometer nenhum abuso ou arbitrariedade.

Logo, tudo depende do entendimento e convencimento pessoal de cada juiz do que seja Direito, Poder Judiciário e a Teoria que os informa.

Como penso que o casamento é possível, e é jurídico, é absolutamente lícito que eu exerça o meu Poder de dizer que eles podem casar.

Por isso, na condição de cidadão, tenho uma obrigação ética com os autores. E, na condição de Estado-juiz, tenho o poder-dever de colocar à disposição das partes o acesso à plenitude do direito, abrindo as portas para que se busque fazer a justiça no caso concreto.

Com este meu voto, estou no exercício regular de meu Poder. As balizas deste julgamento são os valores constitucionais que eu recolho e aprovo.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Quando afirmo que os autores têm o direito de constituírem uma família – e, se eles optaram por fazê-lo através do casamento, esta é uma faculdade que eles devem ter, assim como têm as pessoas que tem como condição a heterossexualidade -, estou reconhecendo que eles o têm, porque são pessoas dignas, com direitos iguais aos das pessoas heterossexuais.

Eu guardo a confiança de que, assim agindo neste meu julgamento, estou cumprindo à risca a Constituição, que proíbe a discriminação por sexo.

O acesso à família não pode ser privilégio desse ou daquele grupo, uma vez que se trata de um direito reconhecido pela ordem jurídica interna e estampado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

Eis o texto de mais uma norma de sobredireito incidente no presente caso:

Art. XVI. I) Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

Por isso, penso que não estou sendo irresponsável quando digo que os autores podem casar. Creio estar sobejamente demonstrado que existe uma Teoria do Direito que ampara tal decisão.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Sequer sinto que esteja promovendo uma revolução ao votar pela possibilidade do casamento dos autores. O casamento talvez até seja mais conservador do que a união estável (*status* que esta Câmara reconheceria, sem qualquer dificuldade). Aliás, do ponto de vista jurídico, a união estável não é hierarquicamente menor do que o casamento.

Vivemos um momento no Brasil em que sobressai o papel do Judiciário. Cabe a ele zelar pela Constituição e por sua aplicação às situações da vida. O juiz não pode se furtar de decidir, em face de eventual mora do legislador.

Quero lembrar aqui casos recorrentes em que o Estado se omite, o cidadão busca o Poder Judiciário, e os juízes têm deferido, por exemplo, remédios, cirurgias, internações hospitalares, criação de vagas e matrículas obrigatórias em escolas, transporte escolar, bem como remanejamento de recursos, para atender aos direitos da saúde e educação. São ilustrativos desses casos os julgados nº 70019384833, 70023758014, 70025287830, 70023282130, 70024173387 e 70025324013.

Por igual, não há esquecer que, de uma forma ou de outra, é o Poder Judiciário que vai se manifestar acerca de constitucionalidade, ou não, das leis que emanam dos legitimados a produzi-las.

Sobre este ponto, menciono o voto do Ministro Celso de Mello, na ADI 3300 MC / DF (03 de Fevereiro de 2006), com a seguinte ementa:

UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

*PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOCTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). **NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF (ADIn 3300 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello) (negritei).***

Em seu voto o eminente Ministro Celso de Mello ressaltou a necessidade de se “superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis” [...] e reputou necessária a discussão do tema, com vistas a se conferir às uniões entre pessoas do mesmo sexo *status* de família.

Não resta mais qualquer dúvida que a ordem jurídica brasileira é avançada e está em sintonia com os direitos humanos, que existem métodos de interpretação adequados e existe o poder-dever de concretizar os preceitos constitucionais.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Ou seja, temos Direito, Teoria e Poder para dar provimento ao apelo. Basta que se reconheça a efetividade dos direitos fundamentais já positivados. Não cabe mais a insistência de entender a Constituição como norma meramente programática, negando sua imperatividade.

4. CONCLUSÃO.

Tradição e democracia.

Falou-se aqui que o casamento entre os homossexuais não é do costume, da tradição do Brasil. Não é mesmo, sabemos disso.

Mas também sabemos o porquê. Porque também temos uma tradição conservadora, autoritária e antidemocrática; uma tradição que, durante muito tempo, discriminou e continua discriminando as mulheres; que discriminou e continua discriminando os negros.

É uma tradição alheia ao comando constitucional de não-discriminação por sexo.

Por isso, é uma tradição que discrimina, e continuará discriminando, os homossexuais.

Trata-se de uma dominação branca, machista e heterossexual, ditando as falsas “normas”, e dizendo o que é ou “não é natural”.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Talvez os homossexuais sejam minoria. Mas não devemos esquecer que a Democracia moderna impõe o respeito às individualidades, à diversidade e às minorias.

Nunca é demais lembrar a importância do ideal democrático contemporâneo. Não podemos esquecer que a duro custo, a História nos fez vivenciar a ruptura totalitária da ordem jurídica, fundada no desrespeito aos diferentes. Aquele era um arremedo de direito (im)posto e sempre teve nome e sobrenome conhecidos por todos como ditadura, autoritarismo, fascismo, nazismo, imperialismo.

Estou em que o pedido dos autores representa mais uma oportunidade de reafirmar a Democracia.

Preconceito e medo.

Estou finalizando meu voto com duas certezas: eu não quero julgar este caso nem com preconceito, nem com medo.

Não acolho a orientação doutrinária de eminente jurista, referido nestes autos, que disse que “a sexualidade, tal como vista no Direito, é aquela considerada natural – ou normal – somente sendo possível a sua prática entre um homem e uma mulher, permitindo, inclusive a perpetuação da estirpe com a prole daí resultante (...).”

Não guardo a mesma orientação sexual das partes aqui apelantes, mas reputo um preconceito inaceitável pensar que não se trata de algo “natural” e “normal”.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Na verdade, achar que estamos diante de uma situação de anormalidade, não encerra todo preconceito.

Muito mais se pode ouvir dos e-mails recebidos antes deste julgamento, que falavam em “desvio de conduta”, “involução da ordem”, “desviados”, “gosto por excentricidades sexuais” e “princípio do caos”.

E eu não quero ter medo.

Para além de meu convencimento, estou julgando com base em boa Teoria e bom Direito.

Logo, exerço o Poder de julgar com regular exercício, com absoluta legitimidade e, principalmente, sem abuso.

Estamos diante de duas pessoas que se amam.

Vale a pena notar que as partes não teriam este problema que aqui enfrentam, se estivessem submetidas a outras legislações, a outros Tribunais.

Para sustentar essa minha afirmação, trago alguns julgados de outros países.

Lastimo fazer uma longa citação. Contudo, não devo diminuir o conteúdo do excelente trabalho de pesquisa realizado pelo Grupo de



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Trabalho dos direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, em conjunto com associações civis sem fins lucrativos, no intuito de argüir a inconstitucionalidade do não-reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. *Verbis:*

(...).

Assim decidiram várias Cortes canadenses, manifestando-se pela inconstitucionalidade da common law do Canadá, por definir o casamento como instituição circunscrita às relações homem-mulher. Um dos fundamentos é que tal discriminação era injustificada e feria a igualdade. (Gay marriage in Canadá. Strategies of the gay liberation Movement and the implications it will have on the United States. In: New England Journal of International and Comparative Law 10: 175-228, 2004.)

O mais conhecido e importante precedente do Canadá foi o caso Halpern v. Attorney General of Canada, julgado em 2003 pela Corte de Apelações de Ontário. Nesse julgamento, a corte considerou que o casamento é “uma expressão de reconhecimento público da sociedade das manifestações de amor e de compromisso entre os indivíduos, conferindo a elas respeito e legitimidade”. O Tribunal entendeu que a exclusão das uniões homossexuais do âmbito da instituição representaria discriminação motivada por orientação sexual, constitucionalmente vedada naquele país.

Provocado por esta e por outras decisões judiciais, o Parlamento canadense aprovou, em 2003, nova legislação estendendo o casamento às pessoas do mesmo sexo em todo o país. Antes que a lei entrasse em vigor, consultou a Suprema Corte, para que esta se manifestasse acerca da constitucionalidade nova lei (a jurisdição constitucional canadense contempla esta hipótese



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

de consulta previa). A resposta da Corte proferida em Reference re same-sex-marriage foi afirmativa. Segundo o Tribunal, o projeto de lei em questão não apenas não viola a constituição, como antes deriva diretamente do direito de igualdade previsto na Carta Canadense de Direitos e Liberdades que integra o bloco de constitucionalidade daquele país ((2004) 3 S.C.R. 698)

Também em Israel, o Poder Judiciário desempenhou um papel essencial no reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, que é hoje aceita pela common law do país. A decisão seminal na matéria foi o caso El-Al Israel Airlines v. Danilowitz (High Court of Justice 721/94, 48 Piskey-Din 749. Uma versão em Inglês pode ser encontrada em http://www.tau.ac.il/law/aeyalgross/legal_materials.htm), julgado em 1994, no qual a Suprema Corte decidiu que construía discriminação vedada a prática de uma companhia aérea, que concedia determinados benefícios aos parceiros do sexo oposto dos seus funcionários, mas não estendia aos companheiros do mesmo sexo.

Na decisão, redigida pelo Presidente da Corte, Aharon Barak, foi formulada e respondida a questão essencial da controvérsia sobre as uniões homossexuais: “a parceria entre pessoas do mesmo sexo difere em termos de parceria, fraternidade e administração da célula social em relação à parceria entre pessoas de sexo diferente?” E a resposta do Chief Justice foi taxativa: “a diferença estabelecida entre as parcerias de pessoas de sexo diferente e pessoas do mesmo sexo é uma explícita e descarada discriminação”.

Nos Estados Unidos, por sua vez, os avanços que ocorreram nesta matéria deram-se, sobretudo, no plano do constitucionalismo estadual. (...) A primeira decisão importante foi a proferida pela



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Suprema Corte do Hawaii, no ano de 1996, em Nira Baehr and Genora Dancel et al. V. John C. Lewin. Neste julgamento, a partir da constatação de que o direito ao casamento é um direito fundamental, considerou-se que a sua não-extensão aos homossexuais que pretendessem casar-se com pessoas do mesmo sexo importava em violação ao princípio da igualdade, tal como plasmado pela Constituição Estadual. (74 Haw. 530. As partes mais relevantes da decisão reproduzidas em Willian N. Eskridge Jr. & Nan Hunter, Gender and the Law. Op. Cit., p. 807-812.)

Não obstante, tal decisão provocou uma forte reação contrária, que levou à aprovação de uma emenda à Constituição do Hawaii, em 1998, que permitiu expressamente ao legislador que excluísse, do âmbito do casamento, as uniões entre pessoas do mesmo sexo. O legislador de fato extinguiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas adotou a solução compromissória, instituindo a figura dos “beneficiários recíprocos” (reciprocal beneficiaries), que confere uma série de direitos e obrigações para os parceiros do mesmo sexo. (Cf. American Bar Association Section of Family Law. “A White Paper: na Analysis of the Law Regardin Same-Sex-Marriage, Civil Unions and Domestic Pathersthios”, In: Family Law Quarterly 38, 2004, p. 398)

Já no Estado de Vermont, a Suprema Corte Estadual decidiu, em 1999, o caso Baker v. State, reconhecendo a ocorrência de discriminação atentatória contra a Constituição Estadual na negação do direito ao casamento a casais homossexuais. Nas palavras da Corte, “a Constituição de Vermont determina que toda a miríade de direitos, privilégios e benefícios que decorrem do casamento civil devem ser colocados à disposição de todos os cidadãos,



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

sem qualquer discriminação baseada na orientação sexual”. (74 A. 2d. 865 (Vt 1999))

*Na citada decisão, o Tribunal abriu duas alternativas para o legislador corrigir a inconstitucionalidade, dizendo que ele poderia estender o casamento às pessoas do mesmo sexo, ou criar algum novo instituto que conferisse aos parceiros os mesmos benefícios e responsabilidades inerentes ao casamento. Esta segunda alternativa foi preferida pelo legislativo estadual que aprovou, no ano de 2000, uma nova lei instituindo a figura da união civil para pessoa do mesmo sexo. (Os processos judicial e político foram extensamente examinados por William N. Eskridge Jr., em *Equality Practice: Civil unions and the Future of Gay Rights*. Op. Cit., p. 43-82.)*

Em Massachusetts, por sua vez, a Suprema Corte Estadual decidiu, em 2003, que a não-extensão do casamento às pessoas do mesmo sexo violaria as cláusulas de igualdade e do devido processo legal da Constituição daquele Estado. Isto porque, considerou que, em razão da importância do casamento, ele deveria ser considerado uma liberdade, e que as razões invocadas pelo Estado para não estendê-lo aos homossexuais não seriam suficientes para justificar a discriminação albergada pela legislação estadual. Os efeitos da decisão foram suspensos por 180 dias, para dar tempo ao legislador adequar a lei a esta nova orientação. Durante esse prazo, o Senado de Massachusetts formulou uma consulta à Suprema Corte do Estado, indagando se seria possível cumprir a decisão criando a união civil para os homossexuais, que lhe atribuísse direitos e responsabilidades equivalente aos envolvidos no casamento. A resposta da Suprema Corte, formulada em “In re Opinion of the Justices to Senate” (430 Mass 1205) foi negativa. Nas suas palavras: ‘a proibição absoluta do uso da palavra ‘casamento’ pelos ‘cônjuges’ do mesmo sexo é mais do que semântica. A diferença entre as



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

expressões casamento ‘civil’ e ‘união civil’ não é inócua; trata-se de uma escolha lingüística que reflete a atribuição aos casais do mesmo sexo, predominantemente homossexuais, um status de segunda classe... A Constituição de Massachusetts, como explicado no caso Goodridge, não permite esta odiosa discriminação, não importa quão bem intencionada seja.’

E a decisão mais recente nos Estados Unidos, reconhecendo o direito equivalente ao casamento para casais formados por pessoas do mesmo sexo foi proferida pela Suprema Corte do Estado de New Jersey em Outubro de 2006, no caso Mark Davis Dennis Winslow et al. V. Gwendolyn L. Harris et al. Nesta decisão, fundamentando-se na cláusula da igualdade consagrada na Constituição estadual, a Corte de New Jersey afirmou que “negar a casais comprometidos formados por pessoas do mesmo sexo os benefícios financeiros e sociais e os privilégios concedidos aos casais heterossexuais casados não guarda qualquer relação substancial com algum objetivo governamental legítimo”. Em razão disso, ela decidiu que os casais de pessoas do mesmo sexo devem ter exatamente os mesmos direitos e benefícios que os casais heterossexuais casados, mas ressaltou que o nome a ser atribuído a esta parceria – se casamento ou não – poderia ser decidido pelo legislador, no âmbito do processo democrático.

Finalmente, cabe examinar o caso da África do Sul, cuja Constituição expressamente proíbe as discriminações fundadas em orientação sexual no seu artigo 9.3. Vale destacar que a Corte Constitucional daquele país tem se notabilizado pelo seu ativismo em matéria de defesa dos direitos dos homossexuais, tendo proferido uma série de decisões históricas nesta matéria, como o Home Affairs (National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v. Ministry of Home Affairs and Others. 2000 (2) AS 1 (CC)), em que



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

equiparou, para os fins da lei de imigração, os estrangeiros casados com sul-africanos aos que mantêm com eles relações homoafetivas; o Satchell (Satchell v. President of the Republic of South Africa and Another. 2002 (6) AS 1 (CC)), em que determinou a extensão aos parceiros do mesmo sexo das pensões concedidas aos cônjuges heterossexuais; o Du Toit (Du Toit and Another v. Minister of Welfare and Population Development and Others. 2003. (2) AS 198 (CC)), em que reconheceu o direito de casais homossexuais realizarem adoções conjuntas, e o J. (J. and Another v. Director of Department of Home Affairs and Others. 2003 (5) AS 621 (CC)), em que equiparou à situação legal do marido à parceira homossexual da mulher que fora inseminada artificialmente.

A Corte enfrentou a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo no caso Minister of Home Affairs and Another v. Marie Fourie and Another (caso CCT 60/04, julgado em 1º de Dezembro de 2005), quando decidiu que tanto a common law sul-africana, como a legislação em vigor no país, violavam a Constituição, por não abrigarem esta possibilidade. Na sua decisão, o Tribunal afirmou: 'a exclusão dos casais do mesmo sexo dos benefícios e responsabilidades do casamento, portanto, não é uma pequena e tangencial inconveniência resultante de uns poucos resquícios de prejuízo social, destinado a evaporar como o orvalho da manhã. Ela representa a afirmação dura, ainda que oblíqua, feita pela lei, de que os casais do mesmo sexo são outsiders, e que a necessidade de afirmação e proteção das suas relações íntimas como seres humanos é de alguma maneira menor do que a dos casais heterossexuais... Ela significa que a sua capacidade para o amor, compromisso e aceitação de responsabilidade é, por definição, menos merecedora de consideração do que a dos casais heterossexuais. Pode ser, como sugere a literatura, que muitos casais do mesmo sexo



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

fossem abjurar a imitação ou a sua subordinação às normas heterossexuais... Porém, o que está em jogo não é a decisão a ser tomada, mas a escolha disponível. Se os casais heterossexuais têm a opção de decidir se vão casar ou não, então também os casais do mesmo sexo devem ter esta escolha... Daí porque, considerando a centralidade atribuída ao casamento e as suas conseqüências na nossa cultura, negar aos casais do mesmo sexo a escolha a este respeito é negar o seu direito à autodeterminação da maneira mais profunda.”

Tomo emprestadas, ainda, a corroborar o acima exposto, palavras do juiz e jurista Roger Raupp Rios, dando conta de que a

decisão da Corte Constitucional da África do Sul reveste-se de grande significado não só pelo fato de ser a primeira manifestação de expressão vinda de uma corte constitucional nacional, como também pela experiência e sensibilidade acumulada naquele país diante do Apartheid. O tribunal concluiu que a exclusão das relações homossexuais do instituto do casamento configura grave lesão ao direito de igualdade e à proibição de discriminação injusta, princípio umbilicalmente relacionado com a proteção da dignidade humana. (União homossexual: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar).

E segue o artigo, dizendo que

...no mundialmente pioneiro precedente havaiano, o Tribunal apreciou a constitucionalidade da legislação estadual que estabelecia, como condição para o casamento, a diversidade de sexo dos contraentes. Conforme a fundamentação desenvolvida, a referida legislação estadual contrariou a garantia de igual



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

proteção que alcança a proibição de discriminação por motivo de sexo. Segundo a decisão, a impossibilidade de casamento entre homossexuais, privando-os de todos os direitos e benefícios reservados aos que podem se casar, configura discriminação por motivo de sexo, direito essencial para a adequada busca da felicidade (Unões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar).

De tudo quanto foi dito, pode-se depreender que o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo se apresenta, antes, como um imperativo de cidadania, de acesso à plenitude dos direitos acolhidos pelas modernas Democracias mundo afora.

Aqueles que buscam reconhecimento frente à ordem jurídica, sem qualquer receio, desafiando o preconceito e o medo, a fim de se realizar plenamente enquanto sujeitos de direito, não podem ser alvo de discriminação ou menosprezo.

Pelo contrário.

Devem receber do Poder Judiciário uma resposta ativa, sem medo e sem preconceito, de forma a promover adequada inclusão social e o reconhecimento da importância do pluralismo.

É de louvar e reconhecer que estamos diante de partes corajosas, pois se dispõem a tornar públicos seus sentimentos, sujeitando-se a ouvir de terceiros que seu amor é menos digno, “menos natural” e de segunda classe.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Possuem consciência de sua condição de seres humanos e, portanto, de seres dignos, de terem todos os direitos que a todos os demais seres humanos competem.

Por todos esses motivos, não há como negar aos autores acesso ao casamento.

O Direito é fato, valor e norma. O amor não é um valor indigno, não é um valor improdutivo, não é um valor ruim. Amar é um bom valor. Estamos, aqui, diante de um valor bom. E esse é um valor a ser reconhecido e protegido, de forma plena, com a dignidade que a Constituição exige que seja tratado o ser humano.

ANTE O EXPOSTO, dou provimento ao apelo para viabilizar o casamento dos requerentes-apelantes.

DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE (REVISOR)

Após o desfilar da cultura, do brilhantismo e da sensibilidade do Des. Rui Portanova, lanço o meu voto.

Em relação às preliminares, também concordo com os dois votos que me precederam.

Depois do pronunciamento do Des. Portanova, creio que tenha entendido o porquê do pedido que ele me fez de inverter, de lançar o seu voto antes do meu. Como havia a intenção, manifestada anteriormente,



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

do Des. Portanova de pedir vista deste processo mas, no início da sessão, resolveu que iria pronunciar o seu voto, o que me comunicou. Creio que essa inversão ocorreu justamente para, além da aula que proferiu, tentar incutir em mim um pouco do seu pensamento, do seu ponto de vista, das suas idéias. E isso tem acontecido muitas vezes, eu sou receptivo a todas essas coisas.

Mas devo dizer que não sou receptivo no caso concreto que estamos tratando.

Quase no final do pronunciamento do seu voto, o eminente Des. Portanova disse que a condição de homossexual é um trajeto largo, amplo, que foi trilhado durante algum tempo ou bastante tempo, embora não tenha usado estas últimas expressões. Na verdade, é isto, é um trajeto, é um amadurecimento, é um caminhar até chegar a um determinado ponto. E esse caminho também deve ser percorrido pelo casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, caminho que simplesmente está no seu início.

Quanto às normas de dignidade da pessoa humana, igualdade e ausência de preconceito e discriminação de qualquer espécie, insculpidas na Constituição, sempre, em todas as minhas manifestações nesta Câmara e no Grupo, tenho-me perfilado ao lado das pessoas que defendem a aplicação dessas normas. E tanto é assim – e isso não é justificativa para a minha posição agora –, que o primeiro voto proferido neste Tribunal reconhecendo a união estável homossexual foi da minha relatoria, o que, inclusive, está publicado no livro da Desa. Maria Berenice, numa compilação de jurisprudência feita no nosso Tribunal.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Então, não tenho nada que possa me atingir no sentido de estar agindo ao contrário da dignidade, da igualdade.

Existe diferença entre o casamento e a união estável? Óbvio que existe. O Des. Portanova acha que a diferença está entre o casamento ser pior do que a união estável. O eminente Des. Faccenda, ao contrário, diz que juridicamente o casamento está num plano superior.

Eu até concordo com o Des. Portanova, acho que, em tese, o casamento é bastante conservador. Mas essa é uma opinião generalizada? Não, são opiniões isoladas. É opinião do eminente Desembargador, é a minha opinião, mas não é uma opinião amadurecida no consenso das pessoas.

As legislações da África do Sul e do Havaí autorizam o casamento como a nossa desautoriza, a não ser que tenhamos que fazer aquela incursão de sempre, que muitas vezes fazemos naqueles princípios constitucionais, naquela sobrenormas de que fala o Des. Portanova.

Mas não tenho idéia se lá o assunto não tenha sido amadurecido, não tenha sido amplamente debatido pela sociedade, e as decisões judiciais tenham sido resultantes deste amadurecimento. Aqui entre nós, isso não acontece. E eu poderia enumerar diversos países onde isso não acontece. Tudo é fruto de um amadurecimento, de um debate, de uma vivência e chega-se então a uma decisão. E a lei e as decisões judiciais só se justificam não pelo pioneirismo, não por ser a primeira vez que assim se decide, mas quando calcadas no consenso dos cidadãos.



CFF
Nº 70025659723
2008/CÍVEL

Então, justamente, por não ser ainda conseqüência deste consenso, deste amadurecimento, deste caminhar tão necessário para que as nossas decisões, efetivamente, representem algo de concreto e o pensamento e o sentir da população é que eu, entre autorizar e não autorizar o casamento, fico na companhia do eminente Relator.

DES. RUI PORTANOVA - Presidente - Apelação Cível nº 70025659723, Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES; E, NO MÉRITO, POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO, VENCIDO O DES. PRESIDENTE"

Julgador(a) de 1º Grau: ANTONIO C A NASCIMENTO E SILVA