

## **Autonomia privada e intervenção no Estado Democrático de Direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais**

*Private autonomy and intervention in the Rule of Law: the (im)possibility of gay marriage*

César Fiuza<sup>1</sup>

Luciana Costa Poli<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho analisa o princípio da autonomia privada no contexto das relações afetivas. Aborda os fundamentos jurídicos da família contemporânea que, fundada essencialmente na cooperação, assume novos contornos. Nesse contexto, a promoção da dignidade humana se realizará, no seio da família, pelo reconhecimento pleno das opções individuais, seja na forma de constituição da unidade familiar, pelo reconhecimento de direitos à união homoafetiva. A autonomia privada, nos termos ora estudados, está intimamente associada aos conceitos de liberdade, autonomia e vontade, para permitir a proteção jurídica à família homoafetiva.

- 
- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Titular na Universidade FUMEC. Professor Associado na Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor colaborador na Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC). Advogado, consultor jurídico e parecerista.
  - 2 Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada.

Sob esse ponto de vista, analisaremos o casamento nos moldes propostos no Código Civil, verificando se a disciplina legal coaduna-se com a principiologia constitucional. O casamento será analisado no contexto social e histórico da sociedade contemporânea a fim de demonstrar que suas características de meio de procriação, de proteção de patrimônio, de indissolubilidade alteram-se, tornando-se ambiente de salvaguarda da pluralidade, da promoção da dignidade da pessoa humana, da preservação da igualdade e da não discriminação. Sustentaremos a possibilidade de realização de casamento entre homossexuais pela realização dos princípios mencionados. Sustentamos que o meio mais adequado de promover a igualdade entre casais homossexuais e heterossexuais é, precisamente, permitir-lhes a salvaguarda dos mesmos direitos. Defendemos que a concessão do casamento tem de ser por força do comando constitucional da igualdade, independentemente de considerações acerca de gênero.

**Palavras-chave:** Autonomia privada. Direito homoafetivo. Casamento homoafetivo. Família.

**Abstract:** This work analyzes the principle of private autonomy in the affective relations context. It approaches the legal fundamentals of the contemporary family, which is essentially based in cooperation and takes on new characteristics. In this context, the human dignities' promotion will be accomplished in the core of the family by the full acknowledgement of the individual choices, be it in the constitution way of the familiar unity by the recognition of the homosexual union rights. The private autonomy is associated with the concepts of freedom, autonomy and volition to aloud the legal protection to the homosexual family. Through this point of view, we'll analyse the marriage as proposed in the Civil Code, verifying if

the legal discipline matches with the constitutional principology. The marriage will be analyzed in the contemporary society's historical and social context to demonstrate that its means of procreation, heritage protection and of indissolubility characteristics change and is becoming an environment to safeguard plurality, human dignity promotion, equality preservation and the non-discrimination. We will sustain the possibility of homosexual marriage achievement by the implementation of the principles above mentioned. We sustain the the most appropriate mean of promoting homosexual and heterosexual couples equality is, precisely, aloud them to safeguard the same rights. We advocate that the marriage concession must be done by the contitucional comand force of equality, independently of considerations on the gender.

**Key-words:** Private autonomy. Homossexual right. Homosexual marriage. Family.

## **1. Reflexões sobre a autonomia privada e a liberdade nas relações afetivas**

A esfera privada das relações conjugais, ou melhor dizendo, das relações afetivas, começa a repudiar a insistente e abusiva interferência do Estado. Embora o Estado teimosamente insista em regulamentar de forma estanque as uniões não fundadas no casamento, a realidade é paradoxal. A autonomia privada, entendida como poder do indivíduo de modo objetivo, concreto e real,<sup>3</sup> norteado para a realização de determinadas necessidades e desejos, parece iniciar uma reconquista de territórios perdidos.<sup>4</sup> Para Villela:

---

3 NAVES, 2002.

4 FIUZA, 2000, p. 37.

é urgentemente necessário reconhecer que uma ordem jurídica baseada na coerção é indigna da transcendental grandeza do homem. Se se quer para o futuro expressões convivenciais inspiradas no amor e na justiça, na dignidade e na confiança, tem-se que restituir ao homem a superior liberdade de responder, ele próprio, aos deveres que decorrem da vida em sociedade.<sup>5</sup>

Verifica-se que, nas sociedades atuais, os indivíduos têm buscado desprender-se dos vínculos normativos institucionais, das crenças e costumes arraigados e da intromissão do Estado em sua esfera íntima, em claro prestígio da autonomia privada que tem ganhado, assim, novas feições, como a luta pelo reconhecimento de diferentes modelos de família, da paternidade sócio-afetiva, da redesignação sexual etc.

De certa forma, isto ocorre porque nas sociedades modernas há uma busca maior pelo bem estar pessoal, e os indivíduos têm demonstrado maior preocupação com a felicidade e a realização pessoal, procurando investir na qualidade de seus relacionamentos. Nesse contexto, percebe-se um crescente inconformismo com as normas prescritas socialmente e uma demanda por maior liberdade de escolha e autogerência da vida pessoal, que irão se refletir em diversas situações familiares ou, como diz Flaquer, na “explosão do ciclo vital da família”.<sup>6</sup> Vale dizer: rompe-se o paradigma familiar tradicional.

Essa ruptura mostra-se intrinsecamente ligada ao desgaste do controle externo das relações familiares realizado pelo Estado, bem como à insuficiência ou à falta de efetividade de normas para proteção das novas situações familiares que se revelam. Mas, sobretudo, parece-nos que o amor e o afeto tornaram-se, enfim, mais importantes que as normas e as convenções sociais. Assim, os modelos e formas

---

5 VILLELA, 1993, pp. 133-134.

6 FLAQUER, 1997, p. 45.

de família que hoje se apresentam tendem a ser eletivos, no sentido de serem constituídos pela vontade do indivíduo e não corresponderem apenas a modelos institucionalizados e estanques.

A história nos revela que nas mais antigas sociedades o poder do Estado na família era mínimo. O pai era o centro do poder, o rei, o juiz e o sacerdote. Nas pequenas comunidades aldeãs ou clãs, havia assembleias internas com funções sacras, judiciais e administrativas. No entanto, com o enfraquecer dessas associações, surge o Estado, que como organismo central, passa a avocar os mais altos poderes, coordenando os interesses privados e familiares como se fossem interesses de toda sociedade. O Estado começa a impor uma série de obrigações e diretrizes à família, tais como obrigar o pai à educação e ao cuidado dos filhos, estabelecer divisões patrimoniais entre os membros da família, fixar obrigação de alimentos, constituir deveres múltiplos para os cônjuges, enfim, o Estado passa a delinear os limites extremos dos poderes familiares. Não obstante, a interferência estatal também deve ter limites. O Estado não pode constituir-se diretamente como detentor e tutor dos interesses privados.<sup>7</sup>

Segundo Pereira, a intervenção do Estado deve se limitar a promover a tutela da família, oferecendo-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação da vontade, e buscando propiciar a seus membros condições para a manutenção do núcleo afetivo.<sup>8</sup>

A autonomia privada, nos termos ora estudados, está intimamente associada aos conceitos de liberdade, autonomia e vontade. Como assinala Amaral, um dos pilares do Direito Civil é a liberdade.<sup>9</sup> A autonomia privada, nos moldes

---

7 COGLIOLO, 2004, pp. 216-217.

8 PEREIRA, 2006, p. 157.

9 AMARAL, 2003, p. 20.

delineados pelo autor, é aquela que reconhece que os atos e as relações do indivíduo são aptos a produzirem efeitos no campo do direito. Tratando-se de Direito Civil, essa liberdade – prossegue Amaral –, em seu aspecto objetivo, significa o poder do indivíduo de criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhes o conteúdo e a disciplina, podendo optar entre o exercício ou o não-exercício de seus direitos subjetivos. Do ponto de vista sociológico, a liberdade implica a ausência de condicionamentos sociais e materiais, e sob um aspecto estritamente filosófico, a possibilidade de opção.

A atual concepção da liberdade deve ser entendida, segundo Moraes, sob as perspectivas da privacidade, da intimidade, da possibilidade de exercício da vida privada e da escolha individual.<sup>10</sup> Certo é que a autonomia privada deverá estar voltada às necessidades sociais, à justiça material e à valorização da dignidade do ser humano, porquanto não deve ficar adstrita exclusivamente às relações jurídicas contratuais. O discurso da autonomia privada há de ser unitário e tocar situações ora patrimoniais, ora existenciais.<sup>11</sup>

Dessa forma, há que se clamar pela autonomia privada também no âmbito do Direito de Família, cujas normas cogentes e imperativas não mais atendem aos anseios da sociedade. Confiar ao Estado a regulamentação estanque das relações familiares e afetivas é negar o primado da liberdade.

Conforme bem assinala Villela, o casamento, ou qualquer outra forma de associação íntima entre as pessoas, só interessa ao Estado sob dois estritos aspectos: a proteção dos filhos menores e a adequada liquidação de um eventual “patrimônio promíscuo” que se tenha formado durante a convivência. Assim, continua o autor, exceto as questões envolvendo menores e divisão de patrimônio, as demais

10 MORAES, 2003, p. 102.

11 PERLINGIERI, 2002, p. 276.

dependem tão-somente das pessoas diretamente envolvidas em cada caso, “mais precisamente de seus sonhos, de seus gostos, de suas inclinações e até mesmo de seus caprichos e idiossincrasias”.<sup>12</sup> A lição reflexiva e precisa de Villela assim continua:

O par que opta por não se casar (podendo fazê-lo gratuitamente quantas vezes queira) e escolhe outra forma de união o faz porque definitivamente não se quer pôr sob o regime que a lei estabelece. Portanto, haveria que deixá-lo em paz, vivendo seu próprio e personalíssimo projeto de vida amoroso, mas, nas estruturas autoritárias de poder, isso é impensável. Há que regulamentar, regulamentar, regulamentar. Na hipótese concreta, o delírio normativista do Estado traduz-se, por assim dizer, em casar *ex officio* quem não quis casar *motu proprio*, ou seja, submeter compulsoriamente ao regime legal do casamento, tanto quanto possível, aqueles que deliberadamente fizeram a opção pelo não-casamento. Tanto a Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, quanto a mais recente, a Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, aplicaram o quanto puderam de casamento a todas as formas de convivência. A intervenção na esfera da privacidade amorosa chegou a tal ponto que um diário abriu espaço para que se questionasse “se ainda faz sentido celebrar o Dia dos Namorados”, já que, em rigor, até mesmo esta instituição, a um só tempo natural, alegre, espontânea, saudável e indescritível, que é o namoro, parece ter-se convertido em modalidade de casamento. Há nisso tudo um grande paradoxo: a coexistência de expressões convivenciais distintas, uma característica das sociedades pluralistas e dessacralizadas, resulta negada na prática, quando todas elas se submetem às mesmas regras. Quem, podendo casar, prefere a união livre deveria ter o direito de viver segundo suas próprias regras, e não segundo aquelas que deliberadamente rejeitou.<sup>13</sup>

A par dessa questão, há que assinalar que o Estado é representativo, é uma abstração, um mito, uma forma de controle social, uma criação histórica daqueles que detêm a hegemonia na sociedade, que o apresentam como meio

12 VILLELA, 1999, t. II, p. 102.

13 VILLELA, 1999, p. 104.

de satisfação de seus interesses. Nesse contexto, o direito se apresenta como instrumento para alcançar os objetivos dos governantes. Por isso, nas palavras de Coelho, “o direito não forma um sistema fechado e coerente, ele está cheio de normas contraditórias, sob a forma de regras ilegais, inconstitucionais, mas eficazes porque impostas pela autoridade”. A atividade do Estado, ainda que revestida da forma de lei – normas gerais e coativas –, quando pautada em “ações sob a forma de providências para uma dada conjuntura de instituições facultativas”, são atos de intromissão e administração nas relações sociais, não direito.<sup>14</sup>

Mas será necessário um exagerado pluralismo legal para que seja protegida cada situação de fato? Será possível a criação de leis tão elásticas que possam ser capazes de abarcar todos os tipos de relações afetivas da vida cotidiana?

Talvez o esteio da família e das relações afetivas deva repousar nos princípios constitucionais, na medida em que toda e qualquer legislação que se pretenda criar, por mais ampla que se possa conceber, estará sempre um passo atrás da realidade social, face aos intermináveis perfis que a família assume a cada dia.

Certo é que o Direito de Família na contemporaneidade enfrenta a seguinte questão: como determinar o limite entre o público e o privado? A família contemporânea coloca-nos mais perto do que nunca dessa indagação. Afinal, o que separa ou determina a intervenção do Estado nas questões de foro mais íntimo das pessoas, e até que ponto a intervenção do Estado deve se sobrepor na regulamentação das relações afetivas?

Cumprir lembrar que a autonomia privada hoje é compreendida na doutrina como fenômeno de recepção,<sup>15</sup> o

14 COGLIOLO, 2004, p. 106.

15 LORENZETTI, 1998, p. 223.

que não implica, no âmbito do Direito de Família, no nosso entender, que a autonomia privada se restrinja à mera adesão pelos indivíduos às entidades familiares típicas. Os limites da autonomia privada não podem conduzir à esterilidade. Hoje os limites serão dados pela Constituição e pelos valores e princípios do Estado Democrático de Direito. As entidades familiares não devem ser enclausuradas e compreendidas dentro de um *numerus clausus*. As instituições do casamento e da união estável não podem implicar engessamento da evolução das relações afetivas.

Ao que nos parece, a leitura acurada da Constituição da República revela-nos que, ao mencionar o casamento, a união estável e a família monoparental como entidades familiares, o constituinte o fez de forma exemplificativa, sem o escopo de excluir outras formações familiares. Qualquer outra interpretação parece-nos equivocada.

Realinhando o foco, como assevera Habermas, a autonomia privada só pode ser entendida como elemento de um processo progressivo de efetivação das garantias constitucionais.<sup>16</sup> Deve haver lugar para a produção privada e autônoma de atos jurídicos, e essa esfera específica de produção constituirá um direito reflexivo contra ações orientadas por normas jurídicas materiais.

A composição do direito positivo pelo Estado – cuja racionalização implica alienação e retificação social – deve ser substituída pela institucionalização de procedimentos que auxiliem os indivíduos a regular, em primeira pessoa, seus interesses.<sup>17</sup> Habermas propõe uma liberdade comunicativa, apresentando um novo tipo de legitimidade para o sistema jurídico, apoiada em um arranjo comunicativo no qual os participantes de um direito racional devem ter condições de

---

16 HABERMAS, 1996, p. 210.

17 HABERMAS, 1996, p. 243.

examinar se determinada norma possui ou não a participação de todos os possíveis atingidos, buscando a institucionalização mediante a atividade discursiva, na qual os destinatários são os próprios autores do direito.<sup>18</sup> Para Galuppo:

A legitimidade do direito, como decorre do Princípio da Ética do Discurso, só é alcançada se todos os envolvidos por suas normas puderem reconhecer-se simultaneamente como seus autores. E isso só é possível se o sistema de direitos for garantido em alguma medida, uma vez que os cidadãos só podem se reconhecer como autores do discurso se sua participação nos discursos jurídicos não for impedida ou restringida. Apesar de não esgotar o rol dos Direitos Fundamentais, o sistema de direitos permite reinterpretar este rol (inerente a cada constituição histórica) como fundamento de validade de todo o Direito Positivo de um Estado. Ao afirmarmos tratarmos-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas que reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpenetração entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade.<sup>19</sup>

No Estado Democrático de Direito, no qual se propõe uma sociedade inclusiva, a legitimidade da família não está em sua tipicidade, vale dizer, na previsão de seu modelo pela lei. A legitimidade de núcleos familiares atípicos decorre dos princípios constitucionais e da própria argumentação jurídica. Reside aí a distinção entre o modelo democrático e o autocrático. O Estado Democrático que se ergue sobre o pluralismo e a dignidade da pessoa humana garante que cada um viva de acordo com o estilo que mais lhe convém, definindo com liberdade questões fundamentais da própria

---

18 HABERMAS, 1996, pp. 138-139.

19 GALUPPO, 2004.

vida, tais como valores pessoais e concepção moral, definindo assim o próprio modelo de família. O engessamento das normas de Direito de Família e de Direito Sucessório, conforme previsto no atual sistema, deflagram o abismo existente entre a realidade e o ideal democrático.

A concepção universal de aspectos da maior intimidade do indivíduo é ultrapassada, o direito à liberdade deve ser exercido da forma mais genuína e peculiar possível. O modelo de Estado Democrático pressupõe um espaço reservado e exclusivo para que as pessoas tomem suas decisões pessoais, tuteladas pela tábua principiológica constitucional e imunes a interferências externas normatizadoras. Como anota Rodotà, a antiga virtude do Direito Privado ressurgue exatamente no jogo entre regulação e espontaneidade, oferecendo grande espaço para as escolhas e para a autonomia individual.<sup>20</sup>

Nota-se que, embora o Direito de Família seja eminentemente regido por normas estanques, a jurisprudência e a doutrina há pouco despertaram para o enfrentamento de questões que não comportam solução apenas no bojo estreito da legislação infraconstitucional codificada. É crescente o número de decisões que buscam nos princípios constitucionais e na argumentação jurídica o esteio para sua fundamentação.<sup>21</sup>

Devemos, antes e acima de tudo, respeitar a opção pessoal de cada um, a liberdade individual de constituir a forma de relacionamento que melhor lhe aprouver, na legítima tentativa de ser feliz. Devemos lembrar-nos sempre, com muita cautela, que existem razões individuais graças às quais as pessoas optam por se casar ou não, pelas quais escolhem modelos familiares não-tradicionais, buscam a redesignação sexual, enfim, cada qual conscientemente trilha

---

20 RODOTÀ, 1997, p. 5.

21 FIÚZA, 2003, pp. 158-169.

o caminho escolhido. A sociedade e o direito devem evoluir no sentido de oferecer a garantia fundamental da dignidade, da liberdade e da igualdade a esses indivíduos.

De qualquer modo, há que se buscar o equilíbrio. A proteção exacerbada ao indivíduo acaba por separar e dividi-lo de sua família e comunidade, o que é contraproducente. Assinala Balandier que o individualismo tem levado o indivíduo a ser nômade, vagando sem objetivos definidos, à deriva da moda e do prazer imediato.<sup>22</sup> O individualismo radical conduz ao descompasso entre o público e o privado, tornando o direito, por vezes, inerte e incapaz de desempenhar seu papel delimitador diante do “invólucro impenetrável, inviolável e impermeável da esfera individual”, como adverte Lorenzetti:

É certo que não há certezas, e por isso, não se propõe uma regulamentação substantiva das esferas da vida privada; cada um tem direito a seu castelo inexpurgável. Não obstante progride a idéia de regulamentar as condições para cooperação; passa a um plano relevante o problema das interdependências, e a compatibilidade das decisões individuais com as coletivas.<sup>23</sup>

## 2. A família no contexto do Estado Democrático de Direito

A família no Estado Democrático de Direito e no ambiente interpretativo que ora propomos não pode ser compreendida como união sexual. É preciso extrapolar a redação legal e compreender que a sexualidade perdeu importância na estruturação da família, principalmente se atentarmos para o fato de que o objetivo procriativo adquiriu autonomia em relação ao casamento.<sup>24</sup>

22 BALANDIER, 1993, p. 210.

23 LORENZETTI, 1998, p. 224.

24 BARBOSA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 145.

O núcleo identificador da família não é mais a *affectio conjugalis* e sim a *affectio familiae*,<sup>25</sup> os elementos nucleares são a cooperação mútua, a solidariedade e a promoção do livre desenvolvimento de seus membros. Há necessidade de discussão e reconstrução também dos parâmetros normativos das uniões heterossexuais e não apenas das homoafetivas. A inexistência de sexualidade não implica inexistência de união afetiva, à qual deveria ser reconhecido direito à herança e à adoção. Por exemplo: dois irmãos que compartilhem uma vida em comum deveriam poder adotar em conjunto. A sexualidade na formação da família não é elemento essencial, não devendo gerar exclusão de uniões homoafetivas.

É lamentável que o nosso ordenamento considere como entidade familiar tipicamente fundada na *affectio familiae* apenas a família monoparental. Esse reconhecimento é acidental e isolado, não refletindo as várias manifestações de estruturas familiares assexuadas, como união de irmãos etc. O Direito de Família há de promover, dentre outros, os seguintes princípios: princípio da dignidade da pessoa humana, base da comunidade familiar que se dará pela garantia do pleno desenvolvimento e realização de todos os seus membros;<sup>26</sup> princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar; princípio da solidariedade; e princípio da não-discriminação; princípio da pluralidade das entidades familiares.

De certa forma, esses princípios poderiam revelar que o regime de absoluta certeza e estabilidade das normas imperativas e cogentes características do Direito de Família estaria cedendo espaço à autonomia privada nas relações familiares.

---

25 Ou seja, independentemente de forma, vínculos formais, interesses patrimoniais, a família existirá se presente o *animus* de união afetiva comprometida com a promoção de seus membros.

26 BARBOSA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 165.

Mas a dicotomia presente no novo Estatuto Civil é latente, quando verificamos que, por outro lado, a intervenção do Estado continua tão ou ainda mais presente e imperativa. Parece-nos que este será sempre um dos maiores desafios do Direito de Família: equilibrar a autonomia privada e a intervenção estatal.

Com efeito, sob o argumento de que a intervenção é necessária para a promoção de melhores condições de vida de seus membros, o Estado tem disciplinado de forma mais incisiva direitos que, embora assim estabelecidos e regulados na lei, assumem, na maioria dos casos, o caráter de deveres.<sup>27</sup>

À imposição de deveres, por sua vez, deve-se contrapor a efetivação de direitos. Percebe-se que, em diversas situações, as uniões estáveis homoafetivas têm sido reconhecidas tão-somente para a imposição de deveres, seja de um companheiro ao outro, como no caso de pensão alimentícia e divisão patrimonial, seja do indivíduo perante o Estado, como no caso da extensão da regra de inexigibilidade prevista no §7º do art. 14 da Constituição.<sup>28</sup>

Ferraz Júnior ensina que, sistematicamente, nas relações de coordenação – por serem normas de conduta, como no caso em questão –, o dever imposto pelo Estado às relações homossexuais, equiparando-as às relações familiares, implica a faculdade de o homossexual exigir que o Estado lhe garanta os mesmos direitos da família, e caso tal direito não lhe for devidamente assegurado, estar-se-á diante de um ato ilícito, que como tal garantiria ao indivíduo a devida reparação por parte do Estado.<sup>29</sup>

27 ESPÍNOLA, 1957, p. 14, n. 3.

28 “Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de ineligibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal” (KÜMPPEL, 2005).

29 FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 36.

Nesse diapasão, à inflexão lógica do argumento acima, se o Estado, tomando ainda como exemplo a decisão do Superior Tribunal Eleitoral, impôs a dois indivíduos a regra da inelegibilidade, em razão de união homoafetiva estável, aplicando regras de Direito de Família para a incidência do §7º do art. 14 da CF, por óbvio, os parceiros de qualquer união homossexual estável têm o direito de exigir do mesmo Estado as garantias afetas a sua situação familiar, como o direito de adoção, a obrigação alimentar recíproca, o direito sucessório mútuo e a meação de bens, entre tantos outros direitos familiares.

O reconhecimento de um direito não deve partir, necessariamente, apenas da norma positivada. Um direito pode e deve ser reconhecido sem que haja lei que o preveja explicitamente, como no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas ou ainda aquelas uniões heterossexuais que não estejam enquadradas no conceito de união estável, porquanto integrantes do sistema jurídico na categoria de direitos fundamentais do ser humano. Esses direitos, embora comumente percebidos, poderão apenas posteriormente ser positivados, muitas vezes por imposição dos próprios fatos sociais, como revela a história da civilização em constante mutação e evolução.<sup>30</sup>

É imperiosa a necessidade de os operadores do direito estarem atentos aos fatos sociais e às relações humanas – sempre em constante evolução e cada vez mais complexas – e

30 *“Lo que el juez debe averiguar es si la valoración, que sirvió al legislador como determinante de aquella prohibición, era aplicable al nuevo caso planteado y no mencionado; para lo cual debe también examinar o analizar los aspectos de las situaciones sociales en relación con aquella valoración. Para llevar a cabo esos dos tipos de averiguaciones recíprocamente relacionadas, emplea un criterio. Ese criterio ya hemos visto que no puede ser el de la lógica tradicional. Ese criterio es el del logos de lo razonable, el logos de lo humano. Ese criterio es, en suma, el método correcto de interpretación jurídica, y, por tanto, el método correcto para la función jurisdiccional”* (SICHES, 1956, p. 53).

aos direitos no Estado Democrático, que exigem constante releitura. Tudo isso informa o ordenamento jurídico vigente, sob pena de sua total ruptura. Segundo Freitas, o sistema jurídico consiste em: “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na lei maior.”<sup>31</sup>

Segundo o mencionado autor, toda parte do sistema está conectada com seu todo, e toda interpretação exige a aplicação da totalidade do sistema jurídico, de princípios gerais, de normas e de valores que integram o sistema, sendo que de tal exame conjunto surge a melhor solução a se concretizar, desde que se averigüe qual é, em cada caso, o interesse mais fundamental, sem se afastar de sua máxima teleológica, que é a finalística da realização da justiça, recolhendo da norma o dever-ser que quis expressar.

Os princípios constitucionais, em especial o do respeito à dignidade humana, importam em tal generalidade e abstração que propiciam a asserção de que sua interpretação deve ser ampla, móvel e evolutiva, o que implica dizer que não comporta encarceramento e rigidez, analisando cada caso como um caso novo, como fatos da história, únicos e difíceis sim, interpretando as normas de todo o sistema jurídico de forma sistematizada e não apenas de forma isolada e literal, também considerando e sopesando princípios e especialmente valores sociais e jurídicos contemporâneos, para apresentar solução que seja a única adequada e justa que o caso comporte, e que guarde aceitação racional, segundo o entendimento do cidadão médio.<sup>32</sup>

31 FREITAS, 2004, p. 69.

32 OLIVEIRA, 1997, p. 98.

Para a garantia da isonomia, deve-se permitir a atuação do ser humano no sentido de criar e recriar condições que permitam sua realização como ser típico na sociedade e, ao mesmo tempo, sua liberação dos constrangimentos internos e externos.<sup>33</sup> Segundo Gustin, a necessidade fundamental do homem contemporâneo é a autonomia, condição básica cujo conceito evoluiu e transformou-se ao longo da história.<sup>34</sup>

O Direito de Família na contemporaneidade não pode ser compreendido como ordenamento fechado de normas escritas, aplicáveis mediante um processo interpretativo de subsunção do fato à norma, como se esta já trouxesse consigo seu próprio e completo sentido.

Há uma considerável dificuldade na seara da família em se aceitar que os princípios, explícitos ou implícitos, também constituam normas jurídicas. É importante salientar que os princípios, principalmente no Estado Democrático de Direito, constituem o fundamento ou a razão de ser das regras jurídicas, o que, desde logo, salienta a precedência daqueles sobre estas. Os princípios possuem aquilo que Canotilho denomina de natureza normogênética de fundamentação das regras, que nada mais são do que aplicações ou concreções daqueles.

O julgador não deve pressupor que lhe falte legitimidade para, no julgamento de um caso concreto, afastar alguma norma infraconstitucional em prol da aplicação de um princípio constitucional, como o da dignidade humana. Desde que a decisão seja proferida com vistas ao atendimento do interesse público e esteja devidamente fundamentada, legitimada estará a conduta do juiz.

Para que o princípio da dignidade humana não constitua mais uma promessa não cumprida pelo Estado e não

---

33 GUSTIN, 1999, p. 134.

34 GUSTIN, 1999, p. 76.

se desvaneça como mero apelo ético, é fundamental sua concretização judicial por meio de um constante e renovado trabalho de interpretação/ aplicação, que busque dar ao princípio a máxima efetividade.<sup>35</sup>

A base da proteção da família encerra-se hoje na tutela constitucional. A família deverá ser interpretada dentro do contexto principiológico inserido na Carta da República, em especial tendo em conta os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Demais disso, além do processo de despatrimonialização pelo qual passa o Direito de Família, há que se buscar a funcionalização da família, enquanto instrumento de promoção da dignidade. Nesse sentido, o Direito de Família será instrumento não apenas de proteção do indivíduo, mas funcionará como garantia das escolhas individuais nas relações afetivas e como limitador do abuso de poder.

A adoção da principiologia constitucional, todavia, pressupõe a repolitização do direito, a preocupação com o conteúdo das normas, a aceitação do pluralismo jurídico e a legitimação da ordem jurídica.<sup>36</sup> O Direito de Família, em sua concepção constitucionalizada, mostra-se como sistema aberto que se alimenta também da atividade jurisdicional criadora, razão pela qual não pode ser trabalhado como mero ato mecânico de aplicação da lei; afinal, o sistema jurídico é dialético, não dedutivo.<sup>37</sup> Nesse diapasão, a lógica da interpretação jurídica deve ser argumentativa e não dedutiva.<sup>38</sup>

Nesse contexto, a família contemporânea – fundada essencialmente na cooperação –, ao assumir novos contornos, deve estar liberta das amarras impostas pela própria

---

35 ANDRADE, 2004.

36 AMARAL, 1997.

37 LORENZETTI, 1998, p. 231.

38 FIÚZA, 2003, p. 33.

sociedade e pelo sistema jurídico encerrado. A promoção da dignidade humana se realizará, no seio da família, pelo reconhecimento pleno das opções individuais, seja na forma de constituição da unidade familiar, seja na forma de conduta de seus membros ou na regulamentação do patrimônio.

Certo é que a solução dada a cada caso não poderá contrariar frontalmente o sistema vigente. Há limites para a argumentação, limites estes pautados pelos direitos fundamentais.<sup>39</sup> Ademais, como bem pondera Lorenzetti, não se pode conceber a autonomia privada como fenômeno essencialmente de criação jurídica, mas como fenômeno de recepção jurídica. O indivíduo incorpora ou reinterpreta o conjunto normativo existente, o que implica aceitação de seus pressupostos.<sup>40</sup>

A busca pela composição dos interesses conflitantes decorrentes das relações afetivas passará por várias soluções jurídicas possíveis, mas deverá se satisfazer na solução que seja a mais convincente dentre aquelas coerentes com seu elemento legitimador.

O espaço normativo da interpretação jurídica pressupõe a legitimação da norma jurídica criada. Assim, ainda na lição de Leal, a decisão, na democracia juridicamente institucionalizada, não pode preterir os direitos fundamentais, que funcionam como verdadeiros limites à atividade interpretativa e não apenas enquanto elementos constitucionais de construção hermenêutica.<sup>41</sup> Para tanto, prossegue o autor, faz-se necessária a transição da concepção do Estado como entidade para a concepção do Estado como espaço processualmente demarcado para a discursividade: produção, recriação e aplicação dos direitos positivados. Em um

---

39 LEAL, 2002, pp. 148-149.

40 LORENZETTI, 1998, p. 546.

41 LEAL, 2002, p. 152.

sistema aberto-problemático, a construção da norma se dará a partir da interpretação do sistema jurídico, seus princípios, valores e regras e sua conseqüente aplicação à realidade fático-jurídica.<sup>42</sup>

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito devem ser vistos como princípios normativos, “meios lógico-jurídicos positivados no instrumento constitucional”, que não podem ser preteridos pela faticidade da atividade jurisdicional, não apenas como valores ou “ideário de artifícios para decisões prodigiosas”.<sup>43</sup> A interpretação da norma, de sorte a aproximar-se do princípio por ela fixado, não é opção, mas pressuposto de legitimidade da solução jurídica. Assim, o princípio da funcionalidade do direito subjetivo é o elemento legitimador da própria regra, de forma que o que vem explícito no princípio vem implícito na regra.<sup>44</sup> Assim, o princípio deve ser observado pelo jurista, pelo juiz e pelo legislador.<sup>45</sup>

Talvez a evolução do Direito de Família se dará pela vinculação do sistema jurídico a partir do problema,<sup>46</sup> considerando-se que sempre haverá uma pluralidade de soluções para o caso concreto. Não se pode olvidar que os efeitos jurídicos produzidos pela decisão terão impacto direto na realidade fática. Nesse quadro, não é satisfatório ou suficiente que a decisão seja coerente apenas no âmbito do sistema jurídico. Deve ser adequada às conseqüências produzidas ou que irão se produzir no mundo real.<sup>47</sup>

---

42 SÁ, 2001, pp. 159-171.

43 LEAL, 2003, p. 47.

44 POLI, 2009, p. 150.

45 LORENZETTI, 1998, p. 286.

46 VIEHWEG, 1979, p. 99.

47 FIÚZA, 2003, p. 55.

O paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe que o Judiciário retrabalhe construtivamente os princípios e as regras do sistema para que possa satisfazer cumulativamente:

- a) a exigência de reforçar a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica;
- b) o sentimento de justiça realizada, que se dará pela adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.<sup>48</sup>

Nesse sentido, eventual direito que se revista de caráter essencialmente protetivo e que mascare, de alguma forma, o imediato atendimento de direito fundamental de cada integrante do núcleo familiar, será “excludente de compreensão da constitucionalidade democrática”.<sup>49</sup>

No entanto, para que o princípio da funcionalidade do Direito de Família, nos moldes ora propostos, não seja usado meramente como instrumento para imposições ideológicas, é imprescindível o atendimento aos direitos fundamentais, para que o indivíduo esteja apto a debater seus direitos procedimentalmente em condições argumentativas isonômicas.<sup>50</sup> O paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito reclama a construção de uma cidadania, como pressuposto da instituição da família, a partir do atendimento aos direitos fundamentais já “líquidos, certos e exigíveis”, eis que assegurados constitucionalmente.<sup>51</sup>

---

48 CARVALHO NETTO, 1999, pp. 473-486.

49 LEAL, 2004, p. 602.

50 LEAL, 2003.

51 LEAL, 2004, p. 601.

### 3. A (im) possibilidade do casamento entre homossexuais

A Constituição Federal de 1988 pauta-se pela pluralidade, inclusão, isonomia, igualdade e não-discriminação. Todavia, a aceitação social e jurídica da família homoafetiva ainda não é plena. A condenação e a marginalização da família homoafetiva tem origem religiosa, e este modo de ser no mundo afetivo ainda não foi laicizado.<sup>52</sup>

Devemos indagar se em nossa sociedade democrática, que se diz inclusiva, os indivíduos que exercem sua opção sexual de forma irrestrita têm iguais oportunidades e direitos na construção de sua personalidade e na promoção de sua dignidade; e mais, na construção de sua família.

A rejeição da aceitação da família homoafetiva, segundo Welter, causa a objetivação humana por negar o direito a tridimensionalidade humana, genética, (des)afetiva e ontológica.<sup>53 54</sup> Por esse raciocínio, a homoafetividade representa uma forma de ser-no-mundo afetivo, que poderá denotar seu caráter familiar ao ser reconhecido juridicamente. A par desse modo de ser em família, existem várias outras acepções

52 WELTER, 2009, p. 176.

53 Pela linguagem heideggeriana, o ser humano tem uma abertura de caráter triplo: para si, para os outros e para as coisas. Aplicando esse pensamento ao Direito de Família, pode ser dito que a compreensão do ser humano não é efetivada unicamente pelo mundo genético (das coisas, dos objetos), mas sim compreendido como um acontecer no mundo genético (abertura às coisas), num mundo afetivo e desafetivo (abertura-afeto ou fechamento - desafeto - para os outros) e mundo ontológico (abertura para si). É por isso que pela hermenêutica filosófica o ser humano deixa de ser objetificado e coisificado, já que ele perde o viés solitário, unitário, a visão monocular da normatização genética, para ser compreendido como um ser em sua totalidade, no acontecer de sua tridimensionalidade genética, afetiva e ontológica.

54 WELTER, 2009, p. 196.

de ser-em-família: conjugal, convivencial, monoparental, unipessoal, socioafetiva, anaparental, reconstituída.

Não se pode negar que a realidade do mundo da vida, a história atual, demonstra que a homoafetividade está presente em milhares de vidas e, conseqüentemente, em milhares de lares, nos quais milhares de indivíduos compartilham e desvelam seus sonhos e desejos em família, inclusive sonhos de filiação já realizados por meio da adoção e da inseminação artificial.<sup>55</sup>

Isso revela que a homoafetividade representa uma classe de indivíduos que o Estado Democrático de Direito tem a missão de também promover, já que a Constituição Federal de 1988 não tem a função de expressar e promover a existência de uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão; muito pelo contrário, deve garantir, através da carta de direitos fundamentais, a convivência e a promoção entre sujeitos de interesses diversos e virtualmente em conflito.<sup>56</sup>

Nesse sentido, a hermenêutica constitucional está a nos indicar apenas um caminho: o viés da inclusão do multiculturalismo, com o objetivo de procurar que a realidade da trajetória da vida dos indivíduos esteja sob o manto da proteção do Estado. A possibilidade de enxergar e de outorgar iguais oportunidades e direitos a indivíduos que representem diversos matizes deve ser o desafio do Estado plural. Não há de fato regime democrático quando é exigido que todos os interesses e valores sejam aceitos como absolutos, eternos, iguais e formais; e enquanto não formos capazes de conviver e de promover a diversidade e os valores do outro.

A compreensão do direito no Estado Democrático há de ser um constante construir-se, uma espiral de diálogo,

---

55 ALMEIDA, 2008, p. 15.

56 FERRAJOLI, 2011.

discursiva e aberta aos modos de ser-no-mundo tridimensional. Não há que se exigir dos indivíduos homoafetivos que se dispam de suas individualidades para ser aceitos como iguais, haja vista que a igualdade constitucional necessariamente deve ser substancial, hermenêutica e democrática, capaz de fundamentar a aceitação da igualdade e da diversidade tridimensional, sob pena de se deflagrar tratamento preconceituoso àquele que encontrou na homoafetividade o seu jeito de ser.<sup>57</sup>

Em um primeiro momento, a leitura do art. 1.514 do Código Civil<sup>58</sup> parece esclarecer e afastar qualquer questionamento acerca da possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, levando-nos a concluir que o Estado brasileiro definitivamente não admite o casamento nessas circunstâncias. Esse é o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência: a diversidade de sexos é requisito essencial para a configuração do casamento. A ausência desse elemento implicaria a inexistência do ato. Nessa perspectiva, o matrimônio realizado entre indivíduos do mesmo sexo não é casamento, é ato inexistente, incapaz de produzir efeitos no mundo jurídico.

Esse entendimento é justificado pela própria origem do casamento, cujo objetivo centra-se na perpetuação da espécie. Lembrando que no Código Civil de 1916 a família era representada pelo casamento, afirma Gomes que “o Direito de Família organiza relações humanas que derivam do instinto de reprodução”.<sup>59</sup> A união dos cônjuges sempre foi reconhecida por seu caráter procriativo, impondo-

---

57 DIAS, 2011.

58 “Art. 1514. O casamento se realiza no momento em que homem e mulher manifestam perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

59 GOMES, 1955, p. 198.

lhes verdadeiro dever sexual, a fim de se atingir a meta de procriar. A esterilidade possibilita até a anulação do casamento.

O Direito Canônico disciplinou o casamento pautado em três vértices fundamentais: sacralidade, indissolubilidade e procriação, e essa foi a inspiração do Código Civil de 1916. Construiu-se em torno do casamento uma doutrina jurídica baseada em valores inspirados na religiosidade.<sup>60</sup> O casamento tornou-se praticamente intocável e sequer cogitava-se em rever seus pressupostos. Era considerado como um sacramento criado pelo direito.<sup>61</sup> Dessa maneira, foi disciplinado pelo Código Civil de 2002, que alheio às transformações da ciência, da sociedade e do próprio Direito de Família, manteve incólume a disciplina jurídica acerca das características do casamento.

No entanto, a procriação não mais pressupõe a conjugabilidade e nem a sexualidade. A filiação dissociou-se do estado civil dos pais.<sup>62</sup> Nesse novo contexto, no qual a reprodução assistida é cada vez mais frequente, no qual a adoção e a filiação extraconjugual ganharam novos contornos, parecem-nos plausível discutir a manutenção da heterossexualidade como elemento essencial do casamento. Nesse sentido, Villela afirma:

No ambiente dessacralizado e pluralista das sociedades ocidentais contemporâneas, soa inaceitável o estabelecimento de restrições de direito em razão de preferências ou inclinações sexuais. Se a isso se ajuntar a circunstância de que o casamento deixou de ser um instituto preordenado à reprodução, para se constituir essen-

60 BARBOSA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 103.

61 MIRANDA, 2001, p. 91.

62 Cf. § 6º do art. 227 da Constituição Federal de 1988: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação.

cialmente em espaço de companheirismo e de camaradagem, era natural que se definisse a demanda pelo reconhecimento legal da união entre parceiros do mesmo sexo.<sup>63</sup>

Acerca da diversidade de sexos como pressuposto para o casamento, Fachin entende equivocada a teoria da inexistência matrimonial quando da união de pessoas do mesmo sexo, por representar uma formulação preconceituosa e rígida, que não mais se coaduna com a conformação do Direito de Família.<sup>64</sup>

O núcleo familiar formado pela união homoafetiva está a merecer, para melhor salvaguardar os interesses de seus membros e em promoção à dignidade da pessoa humana, legislação específica que denote claramente a inclusão pelo Estado Brasileiro da união homoafetiva como família, que de fato é. E por que não falarmos em casamento? Casamento como meio de propiciar iguais oportunidades e direitos aos indivíduos que dependem da chancela estatal, através de legislação própria, para facilitar a solução de questões cotidianas que hoje são decididas casuisticamente pelos tribunais.

Esperam os indivíduos que optam pela constituição da família homoafetiva a concretização das aspirações principiológicas propostas pelo Estado Democrático de Direito: a salvaguarda da pluralidade, a promoção da dignidade da pessoa humana, a preservação da igualdade e a não-discriminação.

O casamento civil parece ainda perpetuar valores religiosos e morais. Apesar de expressa previsão constitucional a declarar que o Estado Brasileiro é laico,<sup>65</sup> a laicização de fato não ocorreu, o que talvez justifique a resistência em

---

63 VILLELA, 1995, p. 642.

64 FACHIN, 2003, p. 126.

65 Art. 19 da Constituição Federal de 1988: "O Brasil é um estado laico".

se atribuir a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A possibilidade de realização de casamento entre homossexuais pode ser sustentada pelos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da intimidade, do livre desenvolvimento da personalidade e da não-discriminação, dentre outros. Interessante notar que, no caso dos transexuais, defende-se que após a retificação do registro civil não se pode recusar a celebração do casamento, sob pena de atentado à liberdade sexual e à plena capacidade do indivíduo.<sup>66</sup>

Os tribunais, em diversos julgados, têm aplicado analogicamente às uniões homoafetivas normas referentes à união estável. Ora, se atribuídos efeitos de união familiar à união homoafetiva, não cabe ao intérprete limitar sua forma de constituição em razão do sexo dos envolvidos.<sup>67</sup> Tal limitação implica uma postura preconceituosa, pautada exclusivamente em questões de cunho religioso ou ideológico, que não deveriam compor o universo jurídico. Nesse sentido, aduz Lorea:

Digamos que se pretendesse estabelecer que o casamento estivesse regrado tão somente para pessoas brancas, portanto devendo as pessoas negras aguardar uma futura regulamentação da matéria, a qual viria a definir os termos do casamento entre negros. À evidência, tal hipótese repugna a consciência jurídica. O mesmo, todavia, parece não acontecer quando a discriminação se dá por força da orientação sexual.<sup>68</sup>

Em recente julgado de 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como família, merecedora de toda a proteção do Estado, a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Embora a decisão represente grande avanço

66 SAMPAIO, 1998, p. 324.

67 BARBOSA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 234.

68 LOREA, 2005.

contra o preconceito e a maldade, não põe fim ao problema, visto que os direitos dos companheiros homossexuais devem ainda ser regulamentados pelo legislador.

Forçoso concluir que, embora na prática o casamento tenha sofrido importantes transformações, assumindo nova roupagem que empresta lugar de destaque ao indivíduo e à sua promoção, a disciplina jurídica não acompanhou essa evolução. O choque entre a realidade fática e o ordenamento jurídico é flagrante. A persistência em se privilegiar um modelo estanque, claramente inspirado em dogmas religiosos e “*standards* sociais”, revela o desrespeito ao paradigma da pluralidade consagrado pelo Estado Democrático de Direito.

As escolhas de projetos de condução de vida dos indivíduos não podem ser tolhidas no Estado Democrático de Direito, que só se realiza permitindo a inclusão de projetos de vida diversos, que reflitam uma sociedade pluralista. Apenas dessa forma concretizar-se-á a sociedade democrática.<sup>69</sup> Por sua vez, não há pluralismo sem diversidade e tolerância.<sup>70</sup> O direito de uma sociedade democrática deve realizar, na medida do possível, o projeto de vida da maioria e, concomitantemente, preservar os projetos de vida alternativos.<sup>71</sup> A abertura do direito para o futuro significa que sempre estaremos aptos a resgatar o projeto moderno, que vem sendo construído de maneira a atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direito.<sup>72</sup>

Como visto, para grande parte da doutrina o Código Civil reserva o direito de celebração do casamento a pesso-

---

69 GALUPPO, 2002, p. 210.

70 OLIVEIRA, 1997, p. 160.

71 Para Galuppo, o projeto de vida da maioria está ligado à dimensão da faticidade, enquanto o projeto de vida da minoria conecta-se ao plano da validade (GALUPPO, 2002, p. 209).

72 CHAMON JUNIOR, 2006, p. 70.

as de sexo diferente.<sup>73</sup> Resta-nos indagar: essa norma deve orientar o percurso da análise do enquadramento jurídico da questão? Ou seja: é o Código Civil diploma legislativo suficiente para outorgar ou não o direito de casamento às pessoas?

No nosso entender, a Constituição da República deve ser lida sem os óculos do direito infraconstitucional, sob pena de se inverter a hierarquia das fontes. Interessa determinar o que, independentemente do que prescreva o direito ordinário, a Constituição impõe e, a partir daí, retirar as devidas consequências. E a Constituição da República define o casamento? Não, a Constituição não elabora qualquer conceito de casamento. E mais: ainda que admitíssemos que o Código Civil vede o casamento entre pessoas do mesmo sexo,<sup>74</sup> ainda assim, diante da Constituição Federal de 1988, com base nos princípios da liberdade, da igualdade, da não-discriminação, do livre desenvolvimento da pessoa humana e da dignidade, seria defensável o casamento entre pessoas do mesmo sexo.<sup>75</sup>

Defender o contrário é ler a Constituição a partir do Código Civil, em vez de se inverter a ordem do exercício, em obediência à supremacia normativa da Constituição. O direito de contrair casamento é uma expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, os direitos fundamentais, enquanto expressão da dignidade da pessoa humana, garantem ao indivíduo um espaço de não-intervenção, de não-imposição de moral coletiva majoritária ditada, que lhe não permitisse esse acontecimento único que é ser-se, em liberdade, o que se é.<sup>76</sup>

---

73 Em sentido oposto: BARBOSA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 113.

74 No nosso entender, a leitura do texto legal não conduz a essa vedação.

75 BARBOSA; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 113.

76 WELTER, 2009, p. 176.

Assim, se a Constituição Federal de 1988 optou por consagrar uma das vias de realização de um plano pessoal de vida através do direito fundamental ao casamento, parece-nos óbvio que, a essa luz, o legislador ordinário não pode excluir do casamento uma parte significativa da população. Por outras palavras, a partir do texto constitucional pode-se hoje dizer que a dignidade da pessoa humana – quer em sentido estático, quer em sentido dinâmico – aponta para a garantia ao pleno e livre desenvolvimento da personalidade.

Ora, perante um quadro constitucional pluralista que consagra iguais liberdades, a necessidade de se proteger grupos de pessoas silenciados pelas suas legítimas formas de vida deve alterar critérios históricos de interpretação, a proibir discriminações em razão de orientação sexual e consagrando o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O legislador está obrigado a perseguir o comando constitucional da igualdade e deve fazê-lo com respeito ao princípio da proporcionalidade. A persistir o entendimento do Código Civil, que não permite o casamento aos casais homossexuais, estará o legislador em manifesta inconstitucionalidade, por deixar a descoberto, sem fundamentação para tanto, uma categoria de pessoas. Se o legislador não confere o direito de contrair casamento aos homossexuais e, de forma avulsa, o Poder Judiciário consagra em determinados casos algumas garantias que “compensem” aquela exclusão,<sup>77</sup> nesse caso há violação ao princípio da adequação, já que ao criar, sem fundamentação plausível, uma categoria à parte para os homossexuais, está-se a perseguir, da pior forma, o objetivo constitucional da igualdade, dado que,

---

77 A exemplo da aplicação analógica das normas referentes à união estável para solucionar litígios, como abordado neste trabalho.

na solução provisoriamente encontrada, mais uma vez se reforça a discriminação.

O meio mais adequado de promover a igualdade entre casais homossexuais e heterossexuais é, precisamente, reconhecer-lhes os mesmos institutos. Então por que não falarmos em casamento? O direito de contrair casamento é um direito das pessoas enquanto pessoas. Sua concessão tem que ser – por força do comando constitucional da igualdade – independente de considerações acerca de sexo. Por que a opção da pessoa heterossexual pode ser pelo casamento ou pela união estável e a única possibilidade da pessoa de opção sexual diversa é a união de fato?

A lei não cria apenas direitos, deveres e poderes; confere ainda outras qualidades, a que podemos chamar “simbólicas”. Trata-se de figuras que, além de direitos e deveres associados, valem pelo seu reconhecimento social e pelas reações sociais positivas, negativas ou de mera identificação que tipicamente desencadeiam. O Estado tem o poder, por vezes exclusivo, de atribuir esses “bens simbólicos”. E se a intervenção do Estado é inevitável, deve atender a critérios de igualdade e não de discriminação.

O casamento civil, nos termos reconhecidos pela lei, atribui um estatuto simbólico que ultrapassa em muito os deveres jurídicos indicados expressamente no Código Civil. O estatuto simbólico do casamento identifica-se por meio de uma linguagem própria, que inclui os termos que designam o ato ou a relação (“casamento”, “matrimônio” etc.), os que qualificam as pessoas em função disso (“casado”, “solteiro”, “viúvo”, “divorciado”, “marido”, “mulher”, “cunhado”, “sogro” etc.), a aplicabilidade aos casados de termos mais amplos com forte valor cultural (“família”, “afinidade etc”) e as formas negativas ou meramente “técnicas”, próprias de relações exteriores ou contrárias ao casamento (“união de

fato”, “adulterio”, “bigamia”, “amante”, “concupino” etc.).<sup>78</sup>

Assim, se ao Estado cabe a atribuição desse estatuto simbólico a pessoas heterossexuais que se unem pelos laços do casamento, por que negar o acesso a tal estatuto simbólico aos homossexuais que pretendem também se casar?

## Referências

ALMEIDA, Suzana. *O respeito pela vida (privada e) familiar na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem: a tutela das novas formas de família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

AMARAL, Francisco. Transformações dos sistemas positivos: a descodificação do direito civil brasileiro. In: *O Direito*, ano 129, v. I, n. II, pp. 44-45, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, André Gustavo de. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. In: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça*, n. 58, pp. 35-39, jan./mar. 2004.

BALANDIER, Georges. *El desordem: la teoria del caos y las ciencias sociales*. Barcelona: Gedisa, 1993.

BARBOSA, Renata de Almeida; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

---

78 CORTE REAL; PEREIRA, 2008, p. 178. Continua o autor: “A linguagem positiva própria do casamento participa de actos de reconhecimento interpessoal. Mas, o que é muito mais importante, esse estatuto simbólico e a sua linguagem própria estão intrinsecamente associados, tanto na cultura popular, quanto na cultura erudita, a realidades sociais, psicológicas e afectivas de enorme relevância: o amor, o compromisso, a família e a constituição de família, a publicidade e oficialização, a coabitação e a economia comum são os mais notórios”.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. In: *Revista de Direito Comparado*, n. 3, 1999.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COGLIOLO, Pietro. *Lições de filosofia e de direito privado*. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CORTE REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da família: tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Convivendo com a diversidade*. Disponível em: [www.intrannet.mp.rs.gov.br](http://www.intrannet.mp.rs.gov.br). Acesso em: 25 fev. 2011.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAJOLLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. Disponível em: [www.ucm.es/fltml](http://www.ucm.es/fltml). Acesso em: 21 fev. 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Ciência do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FIÚZA, César. Mudanças de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Anais do II congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2000.

FIÚZA, César. Crise e interpretação do direito civil: da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (orgs.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FLAQUER, Lluís. *El destino de la familia*. Barcelona: Ariel, 1997.

FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: o estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são os direitos fundamentais? In: *Revista VirtuaJus*, n. 3, 2004. Disponível em: [http://www.pucminas.br/virtuajus\\_inicio.html](http://www.pucminas.br/virtuajus_inicio.html). Acesso em: 02 mar. 2007.

GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

KÜMPEL, Vítor F. Breves reflexões sobre o homossexualismo. In: *Revista Magister – Direito Civil e Processual Civil*, n. 4, pp. 125-131, jan./fev. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: *Revista Jurídica Unijus*, v. 6, n. 1, ago. 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e eticidade familiar constitucionalizada. In: *Anais do IV congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOREA, Robero Arriada. O amor de Pedro por João à luz do direito de família: reflexões sobre o casamento gay. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 7, n. 31, pp. 31-38, ago./set. 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família: direito matrimonial*. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Introdução ao biodireito: da zetética à dogmática. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 115-116, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Tutela jurisdicional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco.

2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLI, Leonardo Macedo. *Direito autoral: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RODOTÀ, Stefano. Lo specchio di Stendhal: riflessioni sulla riflessioni dei privatisti. In: *Rivista Critica del Diritto Privato*, n. 5, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SICHES, Luis Recaséns. El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica. In: *Dianoia: Anuario de Filosofia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 2, 1956.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homens e mulheres. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 133-154, 1993.

VILLELA, João Batista. As novas relações da família. In: *Anais da XV conferência nacional da OAB em Foz do Iguaçu*. São Paulo: JBA Comunicações, 1995,

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (org.). *Nova realidade do direito de família: doutrina e jurisprudência, visão interdisciplinar e noticiário*. Rio de Janeiro: COAD, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito da família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

---

*Recebido em 26/06/2012.*

*Aprovado em 12/07/2012.*

**César Augusto de Castro Fiúza**

Ferreira, Kumaira e Fiuza Advogados Associados

Rua Espírito Santo nº 1.502

Lourdes, Belo Horizonte, MG

30160-032 BRASIL

*E-mail:* cesarfiuza@gmail.com

**Luciana Costa Poli**

Escola Superior Dom Helder Câmara

Rua Álvares Maciel nº 628

Santa Efigênia, Belo Horizonte, MG

30150-250 BRASIL

*E-mail:* costaepoli@yahoo.com.br

