ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF

**NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA NA PÓS-
MODERNIDADE**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROF. ASSOCIADO: ROBERTO JOÃO ELIAS

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2010

ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF

**NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA NA PÓS-
MODERNIDADE**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito, sob orientação do Prof. Associado Roberto João Elias

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2010**

Agradecimentos

Ao meu marido, Carlos Alberto Dabus Maluf, por tudo.

Ao meu orientador Roberto João Elias, pela confiança.

Aos professores Rui Geraldo Camargo Viana, Álvaro Villaça Azevedo e

Teresa Ancona Lopez, pelos fundamentais conhecimentos transmitidos.

Aos amigos Anna Maria e Lucas Rezende, Gilberto Bergstein, Maria Beatriz Souza Lima Rizzi.

“Em toda parte o despotismo do costume é o obstáculo permanente para o avanço humano conservando-se em incessante antagonismo com essa disposição de visar a algo melhor que o costumeiro, a que se chama de acordo com as circunstâncias, de espírito de liberdade, de progresso ou de aperfeiçoamento.” (Stuart Mill)

“O princípio grandioso e determinante, para o qual converge diretamente cada argumento exposto nestas páginas, consiste na importância absoluta e essencial do desenvolvimento humano em sua mais rica diversidade.” (Wilhelm Von Humboldt)

RESUMO

A família é originariamente o lugar onde o homem se encontra inserido por nascimento ou adoção e nela desenvolve, através das experiências vividas, sua personalidade e seu caráter.

O conceito de família vem sofrendo, no passar dos tempos, inúmeras transformações de caráter público e privado em face do interesse e do novo redimensionamento da sociedade.

Nesse sentido, ao lado da família formada para perpetuar o culto religioso doméstico, da família constituída em virtude da autoridade parental, da família orientada pelo direito canônico, veio a pós-modernidade remodelar as relações familiares, tal como anteriormente conhecidas, fazendo-se alçar formas novas, amparadas no afeto e na verdade, buscando, nada além do que a realização pessoal e a felicidade dos seus componentes.

Na evolução histórica da família, além da família tradicional, formada pelo casamento, a introdução de novos costumes e valores, a internacionalização dos direitos humanos, a globalização, o respeito do ser humano, tendo em vista sua dignidade e os direitos inerentes à sua personalidade, impôs o reconhecimento de novas modalidades de família formadas na união estável, no concubinato, na monoparentalidade, na homoafetividade e nos estados intersexuais, respeitando as intrínsecas diferenças que compõem os seres humanos.

Desta forma, a Constituição Federal, que atravessou vários períodos históricos e paradigmáticos rumo à democratização, assegura a preservação da dignidade do ser humano, a liberdade individual, a autodeterminação, o desenvolvimento humano em sua ampla magnitude, a igualdade, a justiça e a não discriminação como valores supremos de uma sociedade plural e mais justa.

Assim, através de uma interpretação sistêmica dos princípios constitucionais, dos grandes debates doutrinários multifacetados e da interferência legislativa, visa a pós-modernidade reconhecer direitos familiares a todos os cidadãos tendo em vista sua rica diversidade, a solidariedade e o melhor interesse de seus componentes.

Palavra-chaves: família, direitos da personalidade, homoafetividade, homoparentalidade, formação da família nos estados intersexuais

RESUMÉ

La famille est avant tout une communauté de personnes réunies par des liens de parenté, où l'homme s'insère et développe parmi les expériences subies, sa personnalité, puisque favorise leur développement social, physique et affectif. Est le premier lieu de socialisation de l'individu.

La famille est à la fois une institution sociale, juridique et économique, qui existe dans toutes les sociétés humaines.

Le concept de famille, a souffert au passage des temps des diverses transformations d'ordre public et privé en face des mutations qui ont lieu dans les rapports familiaux.

Dans ses sens, pendant les temps, à côté de la famille patriarcale, issue de l'Ancien Droit ; de celle qui veut perpétuer le culte religieux ; de celle qui se remplace aux temps médiévaux ; on monte à la postmodernité, qui en mélangeant la pluralité des formes précédentes, tient compte de la famille élargie, de la montée de l'individualisme, bouleverse la famille en la conduisant à la naissance de la famille nucléaire, qui s'est construite par la valorisation de l'affectivité et de la vérité parmi les rapports amoureux.

En suivant l'évolution historique de la famille, on peut reconnaître à côté de la famille traditionnelle, issue du mariage, l'introduction de nouvelles lois et conceptions culturelles, énonce en premier plan les intérêts de la société, l'internationalisation des droits de l'homme, la globalisation, le respect de l'être humain, sa dignité personnelle, les droits de sa personnalité, introduise la reconnaissance des nouvelles familles hors mariage – l'union libre, le concubinage, la monoparentalité, la famille homosexuelle et celle formée dans les états intersexuels, en respectant les particularités individuelles.

Ainsi, La Constitution, après une grande évolution historique, se démocratise, et souligne la préservation de la dignité humaine, des libertés individuelles, de l'égalité, de la justice, de la participation populaire, de la prohibition de toute discrimination – surtout selon l'identité sexuelle, comme valeurs supérieures d'une société pluraliste et juste.

Ainsi, travers une interprétation des principes constitutionnels, les débats doctrinaux, l'influence de la loi, dans la postmodernité on vise surtout reconnaître des droits familiaux à tous les citoyens selon la riche diversité de son existence, le principe de la solidarité et l'intérêt supérieur de ses membres.

Mots clés: famille; droits de la personnalité; homoaffectivité; homoparentalité; la formation de la famille et les états intersexuels

RIASSUNTO

La famiglia è definita come un gruppo di persone affiliate da legami consanguinei o legali, come il matrimonio o l'adozione, e che viene considerata come società naturale, che realizza la funzione affettiva e protettiva dei propri membri, che influisce fortemente sulla loro formazione culturale e nella loro socializzazione, permettendo agli enti svolgere la loro personalità e carattere.

Il concetto di famiglia ha sofferto, fra gli tempi, diverse trasformazioni pubbliche e private, secondo i cambiamenti di valori che regolano la società.

In questo senso, accanto alla famiglia tradizionale formata da perpetuare il culto domestico, da famiglia costituita sulla autorità paterna, quella che subisce all'influenza della religiosità; la famiglia ha subito, notevoli cambiamenti, negli ultimi anni, delle trasformazioni radicali e profonde, innanzitutto sotto il profilo democratico. La famiglia viene a perdere così le finalità che aveva svolto nel passato e diviene il centro dove si sviluppa la personalità dei suoi componenti.

Nel profilo storico della famiglia, fra il matrimonio, l'introduzione dei nuovi costumi e valori, il rispetto ai diritti dell'uomo, la globalizzazione, il rispetto alla dignità degli enti umani e i diritti della loro personalità, la finalità della famiglia tradizionale si scioglie, il costume sociale ha presentato altre formazioni familiari – le famiglie di fatto, le famiglie monogenitoriali, le famiglie omosessuali e la famiglia costituita negli stati intersessuali, rispettando la diversità umana.

La Costituzione, dopo l'evoluzione storica, attribuisce riconoscimento e garanzia alle famiglie, assicurando il rispetto alla dignità personale, alla libertà, alla eguaglianza, l'autonomia, l'inviolabilità della famiglia come formazione sociale, che in tale società naturale sviluppano e formano una società plurale e più giusta.

La funzione primaria della famiglia è quella di riprodurre la società, da un punto di vista biologico ma soprattutto da un punto di vista socio-culturale. Per questo famiglia e società cambiano vicendevolmente, a seconda delle epoche e delle regioni del mondo. Così fra l'interpretazione dei principi costituzionali, degli cambiamenti dottrinali e legali, nel postmodernismo, diversi riconoscimenti legali sono garantiti ai cittadini in vista della loro diversità, la solidarietà e gli interessi degli componenti.

Parole chiave: famiglia; diritto della personalità; l'affetto omosessuale; la parentela omosessuale; la formazione della famiglia e dei stati intersessuali

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA.....	11
1.1. A família nas sociedades primitivas.....	18
1.1.2. A família no Direito Romano.....	20
1.1.3. A família no Direito Medieval	28
1.1.4. A família no Direito Moderno.....	32
1.1.5. A família na Pós-Modernidade.....	36
1.2. Evolução Constitucional do direito de família no Brasil	42
1.2.1. Princípios constitucionais aplicáveis à família.....	50
1.3. Função social da família	57
1.4. Natureza e disciplina jurídica da organização familiar	61
1.5. A formação da família e suas interfaces com o direito da personalidade	68
1.6. O estado familiar	82
2. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.....	90
2.1. Breve histórico dos direitos humanos	90
2.2. Homossexuais, transgêneros e direitos fundamentais	103
3. AS MODALIDADES DE FAMÍLIA NA PÓS – MODERNIDADE.....	119
3.1. A família na Constituição Federal e no Código Civil	119
3.1.1. A Família Matrimonial.....	120
3.1.2. A família formada na união estável.....	127
3.1.2.1. O concubinato	130
3.1.4. Família monoparental.....	135
3.2. Novas modalidades de família	145
3.2.1. A família homossexual.....	146
3.2.1.2. Homossexualidade – considerações preliminares.....	148
3.2.1.3. Evolução histórica dos direitos dos homossexuais	154
3.2.1.4. Aspectos legais.....	166
3.2.1.5. Principais Projetos de Lei	188
3.2.1.6. A filiação – adoção por homossexuais.....	197
3.2.2. A formação da família e os estados intersexuais.....	207
3.2.2.1. A formação da família pelo transexual	207
3.2.2.2. A cirurgia de transgenitalização.....	211
3.2.2.3. A alteração do nome pelo transexual	220

3.2.2.4. A conjugalidade do transexual	227
3.2.2.5. A filiação.....	235
3.2.3. A formação da família pelo intersexual	237
3.2.3.1. A conjugalidade do intersexual.....	247
3.2.3.2. A filiação e o intersexual	249
4. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA EM OUTROS SISTEMAS.....	250
4.1. Direito francês.....	251
4.2. Direito Alemão.....	264
4.3. Direito Italiano	270
4.4. Direito Espanhol	275
4.5. Direito Português	283
4.6. Direito Inglês	288
4.7. Direito Escandinavo.....	291
4.8. Direito Holandês	296
4.9. Direito Belga.....	298
4.10. Outros países da comunidade europeia.....	301
4.11. Posição do direito extracomunitário	302
5. SUGESTÕES LEGISLATIVAS.....	310
5.1. Proposta de Emenda à Constituição Federal – alterando os artigos 3º e 7º da Constituição Federal	310
5.2. Proposta de Emenda à Constituição Federal alterando o artigo 226 da Constituição Federal.....	310
5.3. Projeto de Lei de regulamentação da união estável para pessoas do mesmo sexo Lei nº 0001/09	311
5.4. Projeto de Lei de Identidade de gênero. Lei n. 0002/09	312
6. CONCLUSÃO	315
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	322

INTRODUÇÃO

A família sempre desempenhou um papel fundamental na vida do homem, representando a forma pela qual este se relacionava com o meio em que vivia.

No decorrer da evolução e da mutação do tempo histórico, o seu rosto mudou, adaptando-se a novas configurações advindas da experiência científica, da revolução dos costumes, da mudança de paradigmas.

No presente estudo, procuraremos realizar um panorama sobre a identidade da pessoa natural, abordando as formas de aquisição do nome de família, que situa e individualiza o homem na sociedade; o estado, que determina seu modo particular de existir, definindo sua situação jurídica na sociedade política e na família; a filiação e a influência da carga genética, como agente individualizador da pessoa humana, e seus consequentes desdobramentos em relação às questões de família, sexualidade e identidade de gênero.

Para tanto, enfocando as formas de inserção do homem na sociedade, em face do modelo familiar ao qual se vincula, realizaremos uma análise histórica da formação da família desde a antiguidade, passando pela concepção romanista, pela influência da medievallidade, chegando à época moderna, e, depois, até os dias atuais, nos quais a família mais do que nunca está fincada nos valores da afetividade e da autenticidade.

O presente trabalho apresenta o escopo fundamental de analisar os diferentes aspectos concernentes à família e à pessoa natural, especificamente os seus elementos ligados à personalidade e os vários aspectos da família, tratando de sua definição, sua constituição, sua natureza jurídica, sua função social, enquanto agente definidor do *status* da pessoa humana nos diversos momentos da sua existência, conferindo ao ser humano proteção legal à sua liberdade de existir.

Nesse contexto, imprescindível se torna o estudo das diversas modalidades familiares reconhecidas na pósmodernidade nos Diplomas Legais, na Constituição Federal e no Código Civil. Outrossim, diante da nova concepção da família, excursionaremos por outra modalidade de convivência que ainda não apresenta um definitivo escopo legal no modelo pátrio, a família homossexual ou homoafetiva, que vem singrando os mares do preconceito buscando o definitivo reconhecimento legal.

O estabelecimento dos vínculos familiares, independentemente da identidade de gênero e orientação sexual, é uma preocupação atual, e pode ser entendido tanto como um direito personalíssimo de integridade psíquica como um direito humano a ser reconhecido.

É inegável, todavia, que a construção legal dos direitos humanos no mundo se deu, inicialmente, sem a valorização da mulher, do homossexual e dos transtêneros, embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e a maioria das Constituições do mundo contemporâneo proclamem a igualdade de todos. Igualdade essa presente apenas em seu aspecto formal, tendo ainda pela frente uma longa jornada para abraçar também a igualdade real entre os gêneros, bem como efetivar a proteção da identidade de gênero e orientação sexual do cidadão.

No direito pátrio, a Constituição de 1988 significou um marco em relação aos direitos humanos e à ampliação da cidadania. Foi, assim, constitucionalizada como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, sendo um objetivo precípua da nossa Carta Constitucional a promoção do bem comum, sem preconceito em virtude da origem, raça, cor, sexo, idade e qualquer outra forma de discriminação. Prevê ainda a Carta Constitucional brasileira a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza, bem como a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações.

Assim, o estabelecimento de uma visão panorâmica do surgimento e evolução dos direitos humanos e sua perspectiva de gênero, enfatizando a posição do homossexual na sociedade, é imperativo para a formação da família na atualidade. Desta forma, a abordagem teórica, jurídica e analítica da legislação pátria e internacional sobre o tema são também imperativos do estudo em tela, uma vez que fomentam a formação familiar em seu sentido mais amplo.

Além dessas características, a formação da família abrange também a questão da filiação, cuja relação entre pais e filhos sofreu no decorrer da história intrínsecas transformações, como a própria família, albergando a igualdade entre todos os filhos, independentemente da forma de sua concepção ou mesmo do modelo familiar em que se encontra inserido, deixando de lado o primado da autoridade parental para o estabelecimento de vínculos afetivos mais profundos, muitas vezes desvinculados de origem biológica, identidade de gênero ou orientação sexual dos pais, que muito tem influenciado a doutrina atinente à filiação, alterando-lhe mesmo o paradigma.

1. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A família pode ser entendida como um grupo social no qual se descobre um laço coesivo entre seus componentes, uma consciência de unidade, outrora denominada “consciência do nós”, como bem retratou Santiago Dantas.

Assim, segundo seus ditames, “o estudo do direito de família deve começar por algumas noções de caráter sociológico, pois neste ramo do direito civil, sente-se o quanto as normas jurídicas são moldadas e determinadas pelos conteúdos sociais”.¹

Também o momento histórico e cultural no qual se encontra inserida é de vital importância para lhe designar o rosto, pois desde o início dos tempos, a face da família mudou, avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social.

Apesar da dificuldade de se definir concretamente a família, esboços de sua definição já se encontravam presentes desde os primórdios do direito romano, sendo o estado familiar da pessoa muito importante para determinar a sua capacidade jurídica no campo de sua atuação no direito privado.

Enorme era, portanto, a influência do estado familiar para a formação social nesse período. Tradicionalmente, observando a formação da família, Cícero denominou-a *seminarium reipublicae*. De onde obtem-se que “onde e quando a família se mostrou forte, aí floresceu o Estado; onde e quando se revelou frágil, aí começou a decadência geral”.²

A palavra família deriva do latim *familia* que origina-se de *famulus*, designando o servidor, o criado. A família podia ser entendida como o *locus* onde reinava o *pater*, abrigando, em seu âmago, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos.³

¹DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 3.

²MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 1.

³NADAUD, Stéphane. *L'homoparentalité: uma nouvelle chance pour la famille?* Paris: Fayard, 2002. p. 22.

Na França, diversos autores procuraram conceituar a família, entre eles Mazeaud⁴, para quem a família, mais do que retratar as relações criadas pela natureza, devia ser organizada segundo o ideal de vida social dominante, sendo sua definição formada no critério de autoridade da família; Jean Carbonier⁵, que a conceitua como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação, ou pelo parentesco e afinidade, estes resultantes do casamento e da filiação, onde o Estado não penetra: *le non-droit de famille* – onde aduz “a chaque famille son droit”; para Gerard Cornu, a família é um grupo natural, constituído sob formas diversas representada por um conjunto de pessoas unidas pelo casamento, filiação, adoção ou parentesco resultante de uma descendência comum.⁶

Pietro Perlingieri definiu a família como formação social, “sociedade natural, garantida pela Constituição Federal, não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como o lugar onde se desenvolve a pessoa”.⁷

Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos, a história da família se confunde com a própria humanidade”.⁸

Euclides de Oliveira, pondera com muita precisão que “na idéia de família o que mais importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo a cada um sentir-se a caminho da realização de seu próprio projeto de felicidade pessoal - a casa, o lar, a prosperidade e a imortalidade na descendência”.⁹

Clóvis Bevilacqua conceituou-a baseando-se nos valores tradicionais da família: a família legítima, valorizando a moralidade e a estabilidade necessária para a execução da sua função social oriunda do casamento; como “o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e efeitos dela resultantes, as relações sociais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a relação entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela, sendo

⁴MAZEAUD et CHABAS. *Leçons*. Paris: Montchrestien, 1994. t. 1, Tit I et II, p. 6.

⁵CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille: les incapacités*. Paris: Puf, 1992. p. 20-26.

⁶CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*. 7. ed. Paris: Ed. Montchrestien, 2001. p. 7.

⁷PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 243.

⁸HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 17-18.

⁹OLIVEIRA, Euclides. *União estável do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 24.

imprescindíveis para a existência do ato: a dualidade de sexos, a celebração na forma da lei e o consentimento válido”.¹⁰

No mesmo sentido é a lição de Orlando Gomes, para quem a família pode ser definida como o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole, oriunda do casamento válido, disciplinado pela lei civil.¹¹

San Tiago Dantas, destaca, numa visão sociológica, o aspecto de coesão do grupo: “a família é um grupo social que os sociólogos estudam sempre que discorrem sobre o Estado, a tribo, o clã, a pátria enfim todos esses aglomerados humanos nos quais se descobre um laço coesivo de relativa permanência.”¹²

Pode ser também entendida a família como “um sub-sistema social que, em função do desenvolvimento histórico e social, da classe social e da conjuntura econômica, preenche certas funções e adota uma certa estrutura.”¹³

Na concepção tradicional da definição da família, prelecionam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva “que todo homem ao nascer torna-se membro integrante de uma entidade natural e a ela permanece ligado durante toda a sua existência, mesmo que posteriormente venha a constituir uma outra, através do casamento, união estável ou monoparentalidade. Ligada de perto à própria vida representa a família, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social.”¹⁴

Pondera Silvio Venosa que a conceituação da família oferece muita complexidade, pois o Código Civil não a define, nem existe identidade de conceitos para os diversos ramos do saber, entre eles a sociologia, o direito ou a antropologia; “o direito civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”. A família é, ainda, no seu entender, “um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos, regulados pelo direito”.¹⁵

¹⁰BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Atualizado por Achilles Bevilaqua. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950. v. 2, p. 41-42, 67.

¹¹GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 22.

¹²DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 3.

¹³Mme Andrée Michel Apud BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. 2. éd. Paris: Economica, 1992. t. 1, p. 1 e VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

¹⁴MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 3.

¹⁵VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.6, p. 1.

Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva e Maria Helena Diniz, complementarmente às noções conferidas, definem a família em três acepções fundamentais: em sentido amplíssimo abrangendo todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, inclusive os servidores domésticos – artigo 1412 § 2º do CC, aponta, ainda, que a Lei nº 8112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no seu artigo 241 considera a família do funcionário, além do cônjuge e da prole, quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem de seu assentamento individual; em sentido lato, abrange além dos cônjuges e seus filhos, também os parentes em linha reta ou colateral, assim como os afins – artigo 1591 e seguintes do Código Civil, Decreto Lei nº 3200/41 e Lei nº 883/49, e no sentido restrito estende sua égide à comunidade formada pelos pais e descendentes, unidos ou não pelo matrimônio, como prevê a Constituição atual em seu artigo 226§§3ºe4º.¹⁶

Assim, sinteticamente, a família pode ser definida como o organismo social a que pertence o homem pelo nascimento, casamento, filiação ou afinidade, que se encontra inserido em determinado momento histórico, observada a formação política do Estado, a influência dos costumes, da civilização, enfim, a que se encontra inserida.¹⁷

O conceito de família, célula *mater* da sociedade, sofreu alterações de caráter ampliativo pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, diferindo-se das formas antigas em face das suas finalidades, composição e papel de seus componentes em seu seio, com a mulher adquirindo os mesmos direitos que o marido.

Inovou a atual Constituição Federal em reconhecer como entidade familiar não só a família “legítima” constituída pelos laços matrimoniais, mas também aquela oriunda da união estável e da monoparentalidade, conferindo a estas um caráter de legitimidade.

Veda ainda em seu artigo 227§ 6º designações discriminatórias no tocante à filiação, no sentido que trouxe à luz a legitimidade entre todos os filhos, independentemente de seu nascimento ser fruto do casamento ou não.

¹⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*; direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 9-12; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 3-6.

¹⁷A definição da família não é uma tarefa fácil devido à grande abrangência do termo. É válido ressaltar que sua composição observa ainda no mundo atual, em seu consequente estágio de evolução e internacionalização dos direitos humanos, que em muitas áreas do globo a estrutura familiar obedece a ditames religiosos extremamente rígidos e entrelaçados com a formação política do Estado e estágio civilizacional.

Desta forma, analogamente, não poderia mais haver na família a qualificação de legítima ou ilegítima, sendo esta constituída de várias formas: pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade.¹⁸

Decorre desta concepção que, na atualidade a constituição da família transcende uma formalidade e finca-se como núcleo sócio-afetivo necessário à plena realização da personalidade de seus membros segundo os ditames da noção de dignidade da pessoa humana, sob os quais se forma o Estado, e a Carta Magna adota como princípio fundamental à luz do artigo 1º, III.¹⁹

No entender de Eduardo de Oliveira Leite, a Constituição de 1988, ao alargar nos artigos 226 e 227 os conceitos tradicionais de família, antes atrelada ao casamento, reconhecendo as entidades familiares, gerou efeitos devastadores na ordem jurídica do direito de família, que “se pretendia pacificada pela tradição, pela ordem natural dos fatos e pela influência grandiloquente do direito canônico”.²⁰

Na concepção moderna da família esta se funda por um ato originário, seja o casamento, a união concubinária ou a filiação. A coesão entre seus membros, o poder nela exercido e a durabilidade dessa coesão dão, nas palavras de Rui Geraldo Camargo Viana, “a conotação de verdadeira instituição”.

A legislação emprega ainda, a palavra família tendo em vista o critério sucessório, de alimentos, o da autoridade e o das implicações fiscais e previdenciárias.²¹

Pelo critério sucessório, a família abrange os indivíduos chamados pela lei para herdar uns dos outros. São eles os parentes em linha reta ascendentes e descendentes *ad infinitum*, os cônjuges, os companheiros e os colaterais até o 4º grau, segundo a disposição constante nos artigos 1829, I a IV – que institui o ordem da vocação hereditária; art.1839;

¹⁸MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 4.

¹⁹Amparado nos ditames constitucionais, o Código Civil no artigo 1511 traduz: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”; sendo apontado que “nas disposições gerais sobre o casamento, foram retiradas todas as referências de legitimidade da família oriunda do casamento civil, em face da Constituição Federal que reconhece como entidade familiar não só a nascida do casamento mas também a nascida fruto da união estável ou da monoparentalidade (art 226 §§3º e 4º)”; e no artigo 1513 “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, neste sentido apresentou o Relator Ricardo Fiúza uma emenda substituindo o termo matrimônio, constante do projeto original, pela palavra família, e a esta em todas as suas espécies deve ser vedada a interferência estatal.; art 1723 “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição da família”.

²⁰LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. v. 2, p. 44.

²¹DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 11.

art 1843 e art. 1790 do Código Civil brasileiro. Inovou o Código Civil atual em considerar como herdeiro necessário não só os descendentes e os ascendentes, mas também o cônjuge sobrevivente em seu art 1845.

O novo sistema adotado pelo Código traz mudanças nas regras sobre a partilha de bens, visando a garantia de maior segurança para o cônjuge sobrevivente, “valorizando situações jurídicas existenciais, beneficia aqueles que ajudaram a construir um patrimônio e que pela sistemática do antigo Código, acabavam sendo prejudicados na divisão dos bens, passando a privilegiar o círculo familiar mais restrito”. Assim, ganha realce para Eduardo de Oliveira Leite a família nuclear e minora-se a consideração da família patriarcal.²²

Para efeitos alimentares, à luz dos artigos 1694 a 1697 do Código Civil, considerou-se família os ascendentes, os descendentes e os irmãos.

Pelo critério da autoridade, a família restringe-se a pais e filhos, pois aqui se manifesta o poder familiar, que, conforme entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, se faz sentir na criação e educação dos filhos.²³

De acordo com o critério fiscal, em relação ao imposto de renda, a família define-se como o marido, a mulher e seus dependentes.²⁴

Entende Ferrara, à luz do supra exposto, que apesar de não se ter chegado a um conceito jurídico definitivo da família, esta pode ser entendida como o “grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e de outros parentes, unidos pela convivência de fato, numa mesma economia e sob a mesma direção”.²⁵

Aponta Maria Helena Diniz que três são, didaticamente, as espécies de família, conforme sejam oriundas do matrimônio, do companheirismo ou da adoção, embora em relação ao filho não seja feito nenhum tipo de discriminação, de acordo com sua origem, à luz dos artigos 226 § 4º e 227 § 6º da Constituição Federal, da Lei 8069/90 e pelo artigo 1596 do Código Civil atual. Advém, finalmente, a família substituta que se configura pela guarda, tutela ou adoção, como dispõe a Lei 8069/90.

²²LEITE, Eduardo de Oliveira. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. p. 446. Série Grandes Temas do Direito Privado, v. 1).

²³PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, p. 18.

²⁴DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 11.

²⁵FERRARA. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Ed. Atheneum, 1921. v. 1, p. 54.

Apresenta, ainda, a família, diversos caracteres peculiares: o caráter biológico, exteriorizando-se como o agrupamento natural do ser humano, criando diversos direitos e deveres entre os seus membros; o caráter psicológico, que se traduz pelo elemento imaterial, metafísico, espiritual que liga os seus componentes; o caráter econômico, através do qual o homem amparado em seu núcleo se mune dos elementos necessários para sua sobrevivência; o caráter religioso, “uma vez que a família é, como instituição, um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter pela laicização do direito”, destaca Planiol o Cristianismo como um dos responsáveis pela formação do novo conceito da família, “pois a considerava o agrupamento familiar unicamente do ponto de vista moral e que esta concepção acabaria por triunfar”; o caráter político, pois, por ser a célula *mater* da sociedade, dela nasce o Estado, como preconizou Ihering; e o caráter jurídico, por ter a família uma estrutura interna que é regulada por normas jurídicas, como constituem-se as do direito de família.²⁶

Para Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier “A cara da família moderna mudou. O seu principal papel, a que nos parece é de dar suporte emocional ao indivíduo foi substituída por um grupo menor, em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”.²⁷

Está hoje consagrada, no entender de Rui Geraldo Camargo Viana, a família com pluralidade de tipos, que numa concepção moderna pode ser traduzida como uma realidade social.²⁸

Entendemos a família como sendo a composição de pessoas unidas por relação conjugal ou parental, permeada por afeto e interesses comuns, onde o homem inserido e protegido tem a possibilidade de desenvolver plenamente sua personalidade e potencialidades.

O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas

²⁶DINIZ, Maria Helena. op. cit., p. 12-14.

²⁷WAMBIER, Teresa Celina de Arruda Alvim. Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 83.

²⁸VIANA, Rui Geraldo Camargo. op. cit., p 26-39.

técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos, fazendo com que o indivíduo possa, para pensar com Hanna Arendt “sentir-se em casa no mundo”.

Na síntese de nosso pensamento, advém daí a possibilidade de legitimação das novas modalidades de família, que, flexibilizando a rigidez conceitual desta em seu desenvolvimento histórico, adquire um caráter eminentemente social.

1.1. A família nas sociedades primitivas

Os primeiros grupos sociais que existiram não constituíram efetivamente a família para os padrões organizacionais tal como esta é conhecida.

Muito provavelmente, formaram-se baseados no instinto sexual, pouco importando se essa união fosse passageira ou duradoura, monogâmica ou poligâmica, poliândrico ou poligínico.

A existência de prole e a ampliação do universo cultural fez necessária a implantação de uma estrutura social mais rica, capaz de desempenhar funções e garantir a higidez da espécie.

Desta sorte, a família aparece como a primeira forma de organização social que se tem notícia. Encontrou no culto religioso seu principal elemento constitutivo, muito valorizado nas sociedades primitivas e gradualmente diluídas nas sociedades mais avançadas.²⁹

Como bem retrata Fustel de Coulanges, o esteio da família não se fincava na afetividade, nem tão somente na geração, visto que a mulher perdia o *status familiae* com o casamento, passando a pertencer à religião e consequentemente à família de seu marido.

Assim, dispõe-se que a gênese da família encontrava-se na autoridade parental e na marital, ungidas à força suprema da crença religiosa. Sendo, na concepção antiga, a sua formação mais uma associação religiosa do que uma formação natural.

Dessa característica decorre a importância suprema do casamento religioso, primeira instituição estabelecida pela religião doméstica, capaz de dar legitimidade à prole e à manutenção da própria entidade familiar, pois era imprescindível para os antigos a

²⁹DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 4-5.

existência de herdeiros varões para dar continuidade ao culto aos mortos, pois a ausência daqueles poderia causar a extinção de uma família e da sua religião. Por esses motivos, não era o celibato visto com bons olhos. O homem não se pertencia, mas à família; aponta-se, assim a gênese do princípio de adoção entre os antigos: o dever de perpetuar o culto doméstico.³⁰

Na lição de Coulanges “a família não recebeu da cidade as suas leis, o direito privado existiu antes da cidade. Quando a cidade começou a escrever suas leis, achou esse direito já estabelecido, vivendo enraizado nos costumes, fortalecido pelo unânime direito dos povos”. Decorre daí, que este teve sua origem na família, elaborado nos antigos princípios que a constituíram. A família, juntamente à religião que lhe mantinha unida e graças ao seu direito privado que a tornava indivisível, abrangia também os servos e clientes, chegando a formar em toda a sua extensão uma sociedade enorme que tem seu chefe hereditário.³¹

Fustel de Coulanges relata que a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica foi o casamento, que representou para a mulher o abandono do deus de sua família para honrar o deus da família de seu marido.³²

Na lição de Pietro Bonfante, família é o organismo distinto da sociedade doméstica que representa um restrito grupo político estabelecido, que tem por objetivo a ordem e a defesa na Idade Primitiva.³³

Desempenhou, assim, a família, funções políticas de defesa do solo e de organização social. Com o advento da democracia como forma de governo, substituíram-se os grupos segmentários do Estado antigo pelo indivíduo; funções econômicas, que lhes garante a sobrevivência; funções biológicas e psicológicas, muito se aproximando da sua formação natural, representando o instrumento social de preservação e desenvolvimento da espécie, atuando decisivamente na formação dos seus membros.

Depreende-se daí, como bem retratou Santiago Dantas, que o vínculo coesivo é fundamental para que a família desempenhe com profundidade o seu caráter agregador. “Nem a função política, nem a religiosa ou a econômica, isoladamente, são suficientes para

³⁰COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 35-37, 49.

³¹Id. Ibid., p. 85 e 121.

³²Id. Ibid., p. 37, 43.

³³BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1923. v. 1, p. 70.

dar coesão e continuidade ao grupo familiar. Esse elemento viabilizador da coesão que prende os membros da família é representado pelo parentesco e pelo matrimônio”.

A composição da família recebeu inúmeras conformações no decorrer da história. Enfim, alçada nos moldes atuais, tal como a conhecemos, provém, como retratou San Tiago Dantas, da família romana “modificada pela influência do Direito Canônico e das instituições germânicas, ao longo da Idade Média”.³⁴

Nesse sentido é o pensamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem “a família é uma entidade histórica, ancestral, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história. Assim sendo, a história da família se confunde com a história da própria humanidade”; apresenta, pois, um caráter evolutivo, que se adapta à evolução dos costumes.³⁵

1.1.2. A família no Direito Romano

A família conheceu formas diversas na realidade romana. Na época clássica, a família romana apresentava uma estrutura tipicamente patriarcal, detendo o *pater familiae* o controle total da entidade familiar enquanto vivesse.³⁶

Para Pietro Bonfante, família é o conjunto de pessoas que descendem de um ancestral comum vivo – o *pater familias* – e que apresenta um caráter de comunidade política, onde se adentra pelo nascimento, pela *adoptio*, pela *arrogatio* ou pelo matrimônio válido.³⁷

Para Charles Maynz representava o conjunto de pessoas submetidas ao poder do *pater* compreendendo-se tanto pessoas quanto bens. Agia desta forma a organização familiar diretamente na condição individual e patrimonial do indivíduo.³⁸

Concebe Silvio Perozzi que a organização primitiva formou a gens, a união destas, a *civitas* oriunda da agregação de outras gentes. Logo, a família pode ser entendida como o organismo natural formado pelo parentesco de sangue ou pelo casamento, inspirada pelo

³⁴DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 6-7, 18.

³⁵HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 62, p. 16, mar. 2001.

³⁶DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 20.

³⁷BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1923. v. 1, p. 70.

³⁸MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5. éd. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1891. t. 3, p. 1-2.

espírito, pelos sentimentos e deveres próprios da sociedade doméstica. Apresentava-se como um organismo fechado, bem delineado, submetido à potesta do *Pater familiae*.³⁹

Na lição de José Carlos Moreira Alves, dois eram os sentidos empregados para o termo família para os juristas romanos: em sentido amplo, abrangia o conjunto de pessoas que descendiam de um parente comum e sob cujo poder estavam caso ele estivesse vivo; em sentido estrito, para designar o complexo de pessoas que estão sob a *potestas* do *Pater familiae*, caracterizava então o próprio *status familiae*: existe de um lado, o *Pater familias* que não está subordinado a nenhum ascendente vivo masculino e de outro, a *filií familias*, que abrangiam todas as demais pessoas que se encontravam submetidas, sob as referidas *potestas do pater* (Ulpianus 1.6.4. libro primo institutionum).⁴⁰

Entende-se por *status familiae* a posição que a pessoa exercesse dentro da organização familiar: *sui iuris* era a pessoa que não possuía ascendentes masculinos e que estava livre do pátrio poder, não sendo portanto subordinada a ninguém; logo, estava livre para exercer qualquer ato da vida civil; ou *alieni iuris*, sendo pois submetida a qualquer espécie de autoridade familiar, necessitando de consentimento para a prática de qualquer ato na sociedade romana. Com a morte do *pater familias*, sua família se subdividiria em tantas quantas fossem as pessoas do sexo masculino. As pessoas unidas pelo vínculo familiar possuíam parentesco entre si.

A família, nos primórdios do Direito Romano, significava tanto o conjunto de pessoas que viviam sob a dependência do chefe como também os bens que constituíam a sua propriedade; economicamente, a unidade patrimonial da família era absoluta, e que externava, na *affectio*, o seu elemento mais importante.⁴¹

No dispor de Ulpiano “a palavra família está, certamente, entendida com variedade, porque se aplica a coisas e a pessoas”.⁴²

Completa Moreira Alves que em Roma podiam distinguir-se duas espécies de parentesco: o *agnaticio*, que se transmite apenas pelos homens, e o *cognaticio*, que se propaga pelo sangue, portanto, por via masculina e feminina. Somente com Justiniano é

³⁹PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Roma: Athaeneum; Casa Vallardi, 1928. v. 1, p. 311.

⁴⁰ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2, p. 244-245; Ulpiano D.1.6.4. – libro primo institutionum. In: MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; UNIFIEO, 2002. p. 69.

⁴¹DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 19; BONFANTE, Pietro. op. cit., v. 1, p. 70.

⁴²ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 154.

abolida essa diferença, passando o parentesco a ser apenas o de sangue, *o cognaticio*, como ocorre na atualidade.⁴³

As mulheres eram consideradas *alieni iuris* e pertenciam à família do marido, ou do pai, enquanto não se casassem. A viúva tornava-se *sui iuris*, sem ascendentes masculinos, livre do pátrio poder, mas com direitos limitados, restritos, sendo sua situação indefinida.

Até o século II aC, por volta do ano 186, a jurisdição sobre a mulher livre da pátria *potesta* ou da *potesta* marital subjugava-a à *potesta* dos *agnati*, persistindo essa situação até os tempos do Imperador Claudius.⁴⁴

Assim, quanto ao *status*, a mulher apenas conseguira sua capacidade plena num período mais evoluído do direito romano, obtendo a condição de *sui iuris*, sendo considerada, tal como retrata San Tiago Dantas, uma verdadeira *mater familias* (houve um tempo em que a perda do *pater familias* não emancipava a mulher, mas a colocava sob a potesta de outro *pater*).⁴⁵

A *mater familias* apresentava um conflito entre duas noções amplamente difundidas no direito romano: a de *mater familias* no sentido de *uxor in manu*, que desempenha o papel de *alieno iuri subiectus* e a *mater familias* no sentido de *mulier sui iuris*, na qual assenta-se a subjetividade pessoal e patrimonial conexa aos três *status* conhecidos, podendo estabelecer-se como “*familiae suae et caput et finis*”.⁴⁶

Havia também a possibilidade da perda do estado de família, sem no entanto haver a perda dos direitos de liberdade nem da cidadania: a *Capitis Deminutio Minima*, que ocorria quando uma pessoa *sui iuris*, sem ascendentes masculinos, se tornasse *alieni iuris*; pela adoção; aos filhos do ad-rogado; às mulheres ligadas por *manus* aos seus maridos; aos filhos legitimados por casamento subsequente; aos filhos emancipados.⁴⁷

Enorme era, portanto, a influência do estado familiar para a formação social e familiar nesse período. No mesmo sentido de entendimento temos a encíclica *Casti Connubii*, ao afirmar que a salvação do Estado e a prosperidade da vida temporal dos

⁴³ ALVES, José Carlos Moreira. op. cit., v. 2, p. 247.

⁴⁴ BONFANTE, Pietro. op. cit., v. 1, p. 71.

⁴⁵ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 20.

⁴⁶ GIUNTI, Patrizia. Mores e interpretatio prudentium nelladefinizione di materfamilias (una qualifica fra conventio in manum e status di sui iuris). In: ROMANO, Silvio (Org.). *Nozione formazione e interpretazione del diritto: dall'età romana alle esperienze moderne: ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1997. p. 303.

⁴⁷ COSTA, Luiz Pereira da. *Família e história de sua formação*. Maceió: Casa Ramalho Ed., 1939. p. 31-36.

cidadãos não podem permanecer em segurança onde quer que se vacile a base sobre a qual se apoiam e de onde procede a sociedade, isto é, o casamento e a família.”⁴⁸

Leciona San Tiago Dantas que na época clássica a posição da mulher na família era de sujeição absoluta sob o poder do *pater*, que detinha sobre ela o mesmo poder que tinha sobre os filhos.

No dispor de Ulpiano – *mulier autem familiae suae et caput et finis est* - “ a mulher é necessariamente o princípio e o fim da sua própria família sob o ponto de vista civil”.⁴⁹

Várias eram as formas de composição do matrimônio no direito romano: *a confarreatio*, *a coemptio* e *o usus*.

A *confarreatio* era uma cerimônia religiosa; a *coemptio* encontrava-se ligada à tradição da compra de mulheres – o marido aparece no meio de um cerimonial para tomar posse da mulher, simbolizando o pagamento de um preço; o *usus* consistia na posse da mulher que somente após de um ano garantia a consumação do casamento. Todas as três formas produziam o efeito de introduzir na família do marido a mulher que se casava, objetivo precípua do casamento, ficando esta sob a potesta do marido, se *sui iuris* o fosse este, ou de seu *pater*, se *alieni iuris* o fosse (esse poder sobre a mulher e sobre as noras, denominava-se *manus*, rompendo os laços de parentesco que uniam a mulher à sua família originária).

Introduziu-se, graças o *trinotium*, um matrimônio especial, *sine manu*, em que se dava a união entre o marido e a mulher, mas não se verificava o estabelecimento da *manus* (poder marital), ou seja, continuava a mulher a pertencer à sua família originária, estando sob a autoridade do seu *pater*, e conservava os seus bens e o *status familiae* anterior ao casamento, não obstante viver na família do marido sob a posição de esposa.

Para San Tiago Dantas, os romanos definiam o casamento como um estado de fato que produz consequências jurídicas, e detinha um elemento objetivo e outro subjetivo – a *affectio maritalis*. Sendo a importância que os romanos atribuíam ao casamento – fonte fundadora da família – a transferência da mulher para o *domus* do marido, a consumação em si não era o mais importante, esta veio a ser valorizada com o Direito Canônico.⁵⁰

⁴⁸MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 1.

⁴⁹ULPIANO – fragmento 195 § 5º. In: PAGET, Philippe Auguste. *Puissance paternelle dans le droit romain et le droit français*. Paris: Pichon-lamy et Duvez Librairies Ed., 1869. p. 5.

⁵⁰DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 29-33.

Para a sua realização, leciona Moreira Alves, que bastava a vontade inicial – *consensus* – dos nubentes, sem a observância de quaisquer outras formalidades (surgidas a partir do direito pós-clássico).

Para que o casamento fosse legítimo, era necessária a observação de certos requisitos: o consentimento, a idade núbil - puberdade (a nubilidade se iniciava aos 12 anos para a mulher e aos 14 para o homem) e o *conubium* (que inclui a posse de liberdade, cidadania, observância ao serviço militar, monogamia, a posse da função *coeundi*. Abrangia, ainda, como circunstâncias impeditivas de casamento o parentesco, a afinidade, a condição social, além da observância de motivos de ordem prática ou política).

A estas, inclui Charles Maynz, o impedimento do casamento entre cidadãos romanos e bárbaros ou gentis, impedimentos de origem religiosa – como entre cristãos e judeus e a condição social diferente das partes.⁵¹

Tal com leciona Salvatore di Marzo, para a celebração das núpcias, os romanos valiam-se do acordo de vontades dos nubentes, da proteção do grupo social e da proteção dos deuses. Na hipótese da ocorrência de proibição dos casamentos, em muitos casos a lei vinha aceitar a vontade das partes, admitindo as consequências jurídicas daí decorrentes. Desta forma “o ordenamento jurídico não intervém na vontade das partes, mas limita sua ação ao reconhecimento exterior do matrimônio”.⁵²

Presente era a imperatividade da dualidade de sexos para a realização do casamento em Roma. Extrai-se do Digesto de Justiniano – *Liber Primus* “O direito natural é o que a natureza ensinou o todos os animais, daí deriva a união do macho e da fêmea, a qual denominamos matrimônio; daí a procriação dos filhos”.⁵³

Pode-se extrair das Institutas de Justiniano a noção precisa da necessidade da dualidade de sexos para a realização das justas núpcias: *Titulo IX* - “*Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens*”; *Titulo X* - “*Justas autem nuptias inter se cundum praecepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes, sive patres familias sint, sive filii familias*”.⁵⁴

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. op. cit., v. 2, p. 288-296; MAYNZ, Charles. op. cit., t. 3, p. 5-8.

⁵² DI MARZO, Salvatore. *Lezioni sul matrimonio romano*. Roma: L’Erma di Bretschneider, 1972. p. 5.

⁵³ MODESTINUS D.1.1.1.3pr – libro primo institutionum. In: MADEIRA, Hécio Maciel França. op. cit., p. 18.

⁵⁴ Titulo IX – “as núpcias ou matrimônio consistem na união do homem e da mulher, com a abrigação de viver em uma sociedade indissolúvel”; Titulo X “contraem entre si justas núpcias os cidadãos romanos, quando se unem segundo os ditames da lei os varões púberes com as mulheres núbeis, sejam *patres familias*, sejam *filii familias*”. ORTOLÁN, M. *Instituciones de Justiniano*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, [s.d.]. p. 42-43.

Sintetiza Brigitte Basdevent-Gaudemet que “Roma conheceu um casamento monogâmico, heterossexual que se formou pela expressão do consentimento dos nubentes, ou seja era um casamento instantâneo, de caráter essencialmente consensualista de onde se libertavam facilmente, tanto que o divórcio e os recasamentos eram frequentes – mesmo quando sofreram as limitações legislativas impostas pelas leis imperiais”.⁵⁵

Na concepção de Biondi, essencial é a diversidade de sexos para que haja “a mais perfeita comunhão de vida”, que se perpetuaria na existência do casal, dotado de publicidade social.⁵⁶

Tal como aponta Silvio Perozzi, a ocorrência de segundas núpcias era possível apenas quando já estivessem libertos das núpcias anteriores. Inicialmente, o prazo para o recasamento era de dez meses após a morte do marido no antigo direito clássico, ou doze meses no caso de divórcio posterior – denominado *annus lugendi* –visando assim evitar a *turbatio sanguinis*. Antes desse prazo considerava-se não a nulidade do casamento, mas uma ofensa à memória do marido bem como infâmia à sua família, o que gerava graves danos patrimoniais à mulher, limitando, ainda, a sua faculdade de testar em favor do segundo marido.

A viúva que não se casasse em um ano ou a divorciada que não o fizesse em seis meses, estipulada pela *Lex Julia de maritandis ordinibus* de 736 aC, posteriormente alterada pela *Lex Pappia Poppaea* de 9 dC, do tempo de Augusto, que alterou esse prazo para dois anos e dezoito meses, impunha a mulher *caelibes* a incapacidade de fazer qualquer aquisição por testamento (por força do costume deveria estar vivendo maritalmente o homem com idade entre 25 e 60 anos e a mulher de 20 a 50 anos, respectivamente).⁵⁷

No tocante à filiação era presente no direito romano a *adoptio*, ato pelo qual se ingressava, como *filius familias*, em família próprio iure que não era a sua de origem. Distingue esta, ainda, duas formas constitutivas conforme seja o adotado *alieni iuris* ou *sui iuris*, a saber: a adoção em sentido estrito (*adoptio*) e ad-rogação (*adrogatio*).⁵⁸

A *pater potestas*, oriunda do casamento, da legitimação, ou da adoção, era extremamente forte em Roma, seus poderes eram exorbitantes e não se estabeleciam

⁵⁵GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l’homme et la femme? Quelques points à travers l’histoire em occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001. p. 17.

⁵⁶BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bologna: Ed. Licinio Capelli, 1957. p. 320-321.

⁵⁷PEROZZI, Silvio. op. cit., v. 1, p. 415.

⁵⁸MODESTINUS D.1.7.1pr – libro secundo regularum e GAIUS D.1.7.2pr – libro primo institutionum. In: MADEIRA, Hécio Maciel França. op. cit., p. 73.

segundo o interesse do menor, mas, sim, de acordo com os interesses individuais e do Estado. Tal como leciona Philippe Auguste Paget, o poder de proteção do menor, que abrange seu desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, varia conforme a forma de governo, e, nesse sentido, amparado em Montesquieu, “foi uma força repressiva atuante para manter a ordem severa da instituição”.

Como em Roma a família era fundada sob elos fortes de coesão entre os membros submetidos ao chefe, o *pater*, e representava uma base sólida de organização social, a *patria potestas* era perpétua, independentemente da idade do filho, conferindo ao *pater* poderes de dirigir-lhes a vida (Sétimo Severo acabou com o direito de o pai dispor da vida do filho), os bens, consentir-lhes o casamento, impô-los o divórcio (no domínio de Antonio Pio foi cassado ao pai esse direito), vender ou abandonar os filhos (no domínio de Constantino Magno foi proibido o abandono destes, exceto quando efetuado logo após o nascimento – *ad huc sanguinolentus*).

Essa situação despótica permaneceu sob toda a República, só começando a se harmonizar sob o Império, que trouxe à família um caráter mais liberal, sobretudo com a influência do Cristianismo, que introduziu uma nova moral, substituindo o poder materialista do pai por outro mais racional, mais humano, mais isonômico.

A extinção do pátrio *potestas* dava-se pela morte do *pater* ou de todos aqueles sobre os quais ele exercia a autoridade paterna e pela *captio diminutis*.⁵⁹

Havia, portanto, no direito romano, ao lado das *iustae nuptiae cum ou sine manu*, de que se valiam os cidadãos romanos, pelo *ius civile*, para constituírem suas famílias, outras formas de união que também constituíam família: a dos peregrinos, formada entre romanos e peregrinos ou somente entre estes, denominada *iniustum*, regulada pelo *ius gentium* ou pelo direito nacional dos estrangeiros, que passavam a conviver *sine connubio*; a dos escravos – formada entre estes ou entre pessoas livres e escravos, sendo que desta união, denominada *contubernium*, não advinha quaisquer efeitos jurídicos (passando somente no período justinianeu a serem-lhe reconhecidos efeitos no tocante ao parentesco, a *cognatio servilis*), e a oriunda do concubinato, que se estabelecia livremente.⁶⁰

O *concubinatus* era uma união muito comum entre os romanos, mas não se verificava o *affectio maritalis*. Em Roma, o divórcio era praticado largamente. Na ausência

⁵⁹PAGET, Philippe Auguste. op. cit., p. 5-6, 10.

⁶⁰AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*. 2. ed. São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2002. p. 167.

da *affectio maritalis*, o casamento perdia sua razão de ser e o divórcio se opunha entre os cônjuges.⁶¹

Aduz Brigitte Basdevent-Gaudemet que o concubinato teoricamente era ignorado pelo direito, mas apresentava grande aceitação social. Era efetivado quando não se cumpriam os requisitos para a realização do casamento legal. No período correspondente ao Baixo-império será regulamentado e passará a produzir efeitos de direito notadamente no plano das sucessões, sobretudo com Constantino.⁶²

Havia ainda, como ato que visa a formação da família, os esponsais, que são a convenção pela qual duas pessoas de sexo diverso, ou seus *petre familias*, se comprometem a contrair futuro casamento. No período pós-clássico e justinianeu, sob certos aspectos, os *sponsi* – prometidos – equiparavam-se aos cônjuges.

Roma conheceu uma diversidade de modalidades relacionais: comunidades familiares entre irmãos foram frequentemente reconhecidas pelo direito; a homossexualidade que foi largamente praticada na Grécia, não foi sistematicamente condenada em Roma, onde obedecendo a critérios próprios, era praticada, sendo, inclusive, bastante tolerada quando praticada entre os escravos.

Desta forma, esses exemplos relacionais, incrementados por diversos fatores, donde destacou-se o caráter patrimonial, servem para elucidar que diversos modelos de vida em comum podem ser praticados.⁶³

A estrutura familiar romana, marcada pela existência de um grupo social superior, de onde afluía a soberania do *pater familias*, sofreu alteração no tempo com a influência da *civitas* e a consequente infiltração das instituições plebéias.

O apogeu do Estado, em sua função reguladora, agregadora e protetora, alterou a estrutura antiga da família, conferindo-lhe nova conformação, alterando-lhe a fisionomia e a natureza, transformando a finalidade do instituto tanto ético, como social, submetendo à sua soberania não apenas os grupos subordinados, mas o próprio indivíduo.⁶⁴

Tal como prelecionam os Mazeaud, o afluxo de riquezas e a dissolução dos antigos costumes conduziram a uma ruptura da estrutura familiar até então conhecida, marcada pela diminuição do poder do *pater familias*, da multiplicação de divórcios, da frequente

⁶¹DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 33.

⁶²GAUDEMET, Brigitte Basdevant. op. cit., p. 18.

⁶³Id. Ibid., p. 20-21.

⁶⁴BONFANTE, Pietro. op. cit., v. 1, p. 72.

realização de casamentos *sine manus* – onde a mulher não mais pertence à família de seu marido. Como consequências diretas dessas alterações, apontam a baixa natalidade, que levou o Imperador Augusto a elaborar uma série de medidas em favor do estabelecimento de famílias numerosas, bem como a redução do adultério.

Com Constantino, século IV dC, uma nova concepção de família penetrou na realidade romana – a concepção cristã -, que conferiu-lhe um novo rosto: no lugar da grande família romana veio a família formada pelo casal e sua prole, cuja coesão se funda no sacramento do casamento.⁶⁵

1.1.3. A família no Direito Medieval

Leciona San Tiago Dantas que durante a Idade Média a organização da família recebeu três influências marcantes: a do Direito Romano, que continuava a reger os povos dominados, a do Direito Canônico, que se alargava com o prestígio da Igreja e a do Direito Bárbaro, trazidas pelos povos conquistadores.⁶⁶

Importante foi a influência da Igreja nesse período, determinando as bases existenciais dos fiéis, legislando sobre a família e o matrimônio, ao qual reformulou totalmente as bases, instituindo-o como um sacramento, diferenciando-o, assim, do matrimônio romano, ou, de um modo geral, do matrimônio pagão. Ocupou-se das questões que envolviam amor e concupiscência, regulando-os.

À luz do Direito Canônico, a família é formada pelo matrimônio, que traz consignado um caráter de sacralização externado pela indissolubilidade do vínculo matrimonial, e que tem na conjunção carnal o seu elemento objetivo. Desta forma, a Igreja fez penetrar suas concepções na estrutura familiar.⁶⁷

Na síntese de Stéphane Nadaud, “ na Idade Média o que funda a família não é mais a existência do *pater*, mas o casamento, definido como uma sociedade de vida, um contrato

⁶⁵MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 6. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1976. t. 1, v. 3, p. 28-29.

⁶⁶DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 54.

⁶⁷MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. op. cit., p. 29.

onde os indivíduos dos dois sexos inserem-se na gênese de uma nova família, como um bem”.⁶⁸

Pode-se notar, tal como leciona Nadaud, que “pouco a pouco a família romana e a família medieval se unem na noção de vida conjugal – o casamento como *consortium vitae* – e filiação, sendo de importância máxima o elo que os une. É assim que altera-se a forma desta família, mudança paralela às profundas mutações da sociedade: a família tende a ser cada vez mais concebida como o centro da estrutura da sociedade, e, desta forma, o lugar onde se exerce o poder”.

Impõe-se, desde já, a importância da sexualidade, e, sobretudo, no discurso sobre a sexualidade, para falar com Foucault. Nesse jogo de poder: “a família normal, seria uma invenção demográfica do fim do século XIX, pois somente ela permitiria à população de se multiplicar. Numa concepção histórica pode-se então conceber que “a família é uma entidade formadora da sociedade, mas que apresenta-se em cada momento de uma forma diferente”.⁶⁹

Leciona San Tiago Dantas que “o que há de original na doutrina da Igreja é a transformação do contrato de casamento em sacramento”, estabeleceu também a ideia da igualdade entre os nubentes, inspirando-se na sua consideração de pessoa humana, visando, através de suas numerosas regras, criar uma situação jurídica equânime para o homem e a mulher.

A Encíclica *Casti Connubii*, importante texto canônico sobre a família, contempla o direito de correção do marido sobre a mulher. O homem aparece como cabeça do casal, detendo o poder das decisões sobre os destinos da família, sendo muito ampla extensão do pátrio poder que o pai detinha sobre os filhos (podendo fazer promessa matrimonial, destinar o filho a uma ordem monástica, encarcerá-lo ou mesmo dispor sobre sua vida).⁷⁰

⁶⁸ Apoia-se em Yan Thomas, que demonstra ser grande a diferença entre o direito romano e o direito canônico quanto à formação familiar, é que para o primeiro quem funda o casamento é o consentimento e não a consumação – o casamento no direito romano une duas pessoas de sexos diferentes, não tanto no que tange ao sexo natural e social, mas como qualidade jurídica da pessoa, enquanto para o segundo, o ponto central funda-se na ideia de uma representação original do casal, inspirado em Adão e Eva, sendo imperativa portanto a dualidade de sexos”. THOMAS, Yann – *L’union de sexes: le difficile passage de la nature au droit*. Apud. NADAUD, Stéphane. op. cit., p. 22.

⁶⁹ NADAUD, Stéphane. op. cit., p. 22-25; FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité* I. Paris: Gallimard, 1976. v. 1, p. 161.

⁷⁰ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 41-53, 63-64.

Retrata Luc Ferry que, na França, um Édito de fevereiro de 1556 contra “casamentos clandestinos”, os filhos que se casassem sem a autorização dos pais eram deserdados e declarados fora-da-lei.

Em 1579, um decreto da cidade de Blois considerava raptor e punia com a morte quem se casasse, sem o consentimento dos pais, com pessoas menores de 25 anos de idade.

Desconhecia-se no período qualquer noção de intimidade ou respeito à esfera privada, adotando-se a vexatória prática do *charivari* ou do *azouade*, sempre que, por infração da ordem ou moral admitida em matéria de família, punha-se a comunidade em perigo.⁷¹

Como bastava o simples consentimento sem nenhuma outra formalidade para o casamento na Idade Média, o casamento clandestino fora um verdadeiro flagelo, em virtude da situação muito desfavorável que permaneciam os filhos gerados nessas relações. Para por fim a estes o Concílio de Latrão de 1215 editou regras para a celebração dos casamentos, indicando que cometia pecado quem se casasse sem a bênção nupcial ou não procedesse as *denuntiationes* – anúncio do casamento (proclamas). Elaborou ainda a Igreja, no século XIII a teoria dos impedimentos matrimoniais.⁷²

Os bárbaros introduziram o chamado “ regime de lei pessoal”, conservando suas instituições e permitindo que paralelamente os romanos conservassem as suas. A modalidade de família por eles estabelecida era de estrutura simples adepta ao tipo paternal (e não patriarcal), adotavam um matrimônio dotado de grande valor moral onde a mulher participava na comunhão da vida conjugal, sendo também o matrimônio germânico o primeiro a admitir a participação do Estado, representado por um funcionário.

Sintetiza San Tiago Dantas que, do convívio das três formas de matrimônio durante a Idade Média: o germânico, o romano e o eclesiástico, resultará, de suas influências recíprocas, o moderno regime matrimonial.⁷³

Leciona John Gilissen que, tal como os romanos, os germânicos, via de regra, são monogâmicos, mas como as alianças entre os clãs são tomadas pelos laços de casamento, visando-lhes ampliar o poder, muitas vezes contraíam vários matrimônios.

⁷¹FERRY, Luc. *Famílias: amo vocês: política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008. p. 85.

⁷²GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 571.

⁷³DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 55-57.

Conheceram duas modalidades de casamento: por rapto e por compra. Neste último, a vontade das partes não era levada em conta, principalmente a da mulher; com a evolução dos tempos, após o período das invasões, houve uma alteração no casamento por compra, deixando a mulher de ser comprada, mas sim o direito sobre ela. Sob a influência da Igreja passa a ser necessário o consentimento da mulher, segundo dispõe o Êdit de Clothaire II (584-629), mas na prática essas compras continuam a ser efetuadas. Assim, prevê que a única forma de divórcio reconhecida é o repúdio da mulher pelo marido, que por provocar motivo de vingança familiar só podia ser instituído por motivos legítimos: adultério, atentado à vida do marido, esterilidade, feitiçaria.

Desde o século X até o século XVI, o casamento e o divórcio são regulados exclusivamente pelo direito canônico, tendo a Igreja monopólio de jurisdição nessa área. Fonte formadora da família, o casamento na Baixa Idade Média é definido como um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, sem intervenção de terceiros, nem exigência de formalidades determinadas. A partir do século XII, passa a ser um sacramento regido por regras de caráter divino, entendendo os canonistas que a sua validade se confirmava pela conjunção carnal.⁷⁴

Para Esmein, os elementos formadores do casamento eram: o consentimento das partes, que significava a essência do matrimônio, inspirado no direito romano; a cópula; o consentimento precedente ao definitivo – promessa de casamento - e a benção nupcial.⁷⁵

O arcebispo Hincmar de Reims desenvolveu a primeira concepção materialista do casamento, aduzindo que um casamento não consumado não é considerado plenamente um casamento.⁷⁶

O sistema contou com ardorosos defensores da Escola de Bolonha e Decretistas que distinguiram duas espécies de casamento: o *matrimonium initiatum*, puramente consentido, válido, mas incompleto, não sendo considerado um sacramento nem é indissolúvel, defendido por Ivo de Chartres e Pedro Lombardo e o *matrimonium consumatum*, que é um sacramento e, portanto, indissolúvel.

Em face desta dicotomia, os Papas tentaram conciliar as duas tendências. Desta forma, uma decisão do Papa Alexandre III, no fim do século XII, denominada as *Decretias* de Gregório IX, irá impor como doutrina clássica um meio termo entre as duas concepções,

⁷⁴GILISSEN, John. op. cit., p. 566-570.

⁷⁵EISMEIN, Adhémar. *Le mariage em droit canonique*. Paris, 1891. t. 1 e 2, p. 97-100.

⁷⁶Texto De nuptiis Stephani de cerca do ano 860 dC. In. GILISSEN, John. op. cit., p. 570.

determinando que o casamento existe desde a manifestação do consentimento, mas poderá ser dissolvido pelo Papa se não for consumado.

Preleciona Gilissen que essa teoria vai perdurar até o Concílio de Trento, quando será confirmada e desenvolvida por S.Tomás de Aquino: o casamento é um contrato consensual, não real – a consumação não é um elemento essencial para sua formação, não solene, não impondo, ainda, a falta de bênção nupcial nenhuma sanção jurídica.

Muito embora não seja previsto o divórcio no direito canônico, salvo a possibilidade de se dissolver o casamento não consumado, havia a possibilidade da separação de pessoas requerida por qualquer dos cônjuges desde o século XIII, mantendo-se entretanto a união. Desta forma, pode-se ver como a Igreja durante toda a Idade Média, afirmou sua competência em matéria matrimonial, situação que permaneceu praticamente inalterável até o final do século XIX, com o apogeu do Estado, que passou a regulamentar o casamento.⁷⁷

Tendo em vista a realidade social, parte da doutrina medieval passou a admitir o divórcio em caso de adultério. Foi neste período da história que apareceu a teoria da contratualização do matrimônio, através da influência dos romanistas do século XII.⁷⁸

1.1.4. A família no Direito Moderno

Tendo convivido durante toda a Idade Média, as instituições romanas, canônicas e germânicas, separaram-se na Idade Moderna, devido aos pontos conflitantes entre elas.

A Reforma religiosa atingiu gravemente a autoridade da Igreja no domínio do casamento. Como reação, a Igreja toma, no Concílio de Trento (1545 a 1563), medidas importantes em matéria de casamento. Pelo Decreto *Tametsi*, de 1563, o casamento torna-se um contrato solene, através do qual devem ser observadas várias formalidades, levando os casamentos clandestinos a tornarem-se nulos, pois deve o casamento ser efetuado *in face ecclesiae*. Manteve-se, entretanto, algumas características basilares como a

⁷⁷GILISSEN, John. op. cit., p. 572.

⁷⁸GAUDEMET, Brigitte Basdevant. op. cit., p. 24.

indissolubilidade dos votos e a desnecessidade de consentimento parental para a validade de ato.⁷⁹

A revogação do Édito de Nantes, em 1685, conduziu à perda do caráter sacramental do casamento. Assim, com o monopólio da Igreja, em matéria de casamento, posto em cheque, abriu-se espaço para a regulamentação dos mesmos pelo Estado, levando a uma secularização e laicização do casamento, gerado pelos ideais da Revolução Francesa e dos seus efeitos no Código Civil de 1805. O casamento passou a ser definido como um contrato civil (art.7, Tit. 2 da Constituição Francesa de 1791), seguido da autorização do divórcio por lei (votada em 20 e setembro de 1792).

Como lecionam os Mazeaud, os ideais dos filósofos do século XVIII transformaram o casamento numa verdadeira união livre, formando-se e dissolvendo-se ao prazer dos contraentes, (defendeu Rousseau a ideia do estado de natureza em matéria de constituição familiar e entendeu Voltaire que o divórcio era uma necessidade natural), observadas as formalidades estabelecidas na lei. Retira-se, assim, da família, seu fundamento principal: o casamento, passando-se a perquirir, deste modo, a equiparação jurídica das diversas formas de composição familiar, bem como do *status* legal da prole advinda da pluralidade dessas relações.⁸⁰

Ressalta Brigitte Gaudemet que a legalização do divórcio foi necessária a fim de garantir a liberdade de culto religioso, pois algumas religiões admitiam o divórcio, valorizando, assim, em primeiro plano, os interesses da sociedade e em seguida os ínsitos à família.⁸¹

Na França, instituiu-se o casamento civil, relegando o casamento religioso a negócio eclesiástico. O art. 7º do Código Civil francês retrata que “ a lei não considera o matrimônio senão como um contrato civil”. A autoridade civil intervém na manutenção dos registros paroquiais a partir do século XV (Bolonha ano 1454 ou França ano 1539).A família continuou a ser formada pelo matrimônio, porém algumas alterações foram sentidas como a alteração do regime dotal pelo da comunhão – elevando a condição da

⁷⁹GILISSEN, John. op. cit., p. 573.

⁸⁰MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. op. cit., p. 30.

⁸¹GAUDEMET, Brigitte Basdevant. op. cit., p. 31-32. Preleciona ainda a professora que a França foi o primeiro país europeu católico a introduzir o divórcio em sua legislação.

mulher; permanecendo todavia, a forma patriarcal, embora mais atenuada do que no direito romano.⁸²

Na lição de John Gilissen, na Europa ocidental a família obedeceu a um modelo patriarcal, onde a autoridade suprema era exercida pelo pai, ou avô; era formada por todos aqueles que sentiam entre si uma relação de parentesco, estendendo-se este tanto quanto permitisse o reconhecimento dos laços de sangue. Desempenhava a família um papel essencial na formação social e jurídica do Estado, tal como o fazia nas sociedades primitivas e feudal.

Retrata, ainda, que consideráveis são os efeitos do parentesco, ligando os parentes por elos de solidariedade familiar, obrigando os partícipes à vingança privada, à responsabilização ou hostilização por qualquer malefício causado por um familiar, à assistência em justiça, ao acesso à propriedade.

A evolução do direito de família nos séculos XI ao XIX, gerou um enfraquecimento dos direitos e deveres da família, pois à medida em que o Estado se consolida e consegue assegurar a ordem pública, a solidariedade familiar torna-se desnecessária.⁸³

Como retrata Luiz de Aguiar Costa Pinto, “a hipertrofia do poder privado e a atrofia do poder político foram as condições propícias ao aparecimento da vingança privada como modo típico de controle social”, nesse contexto funcionava a família ou sociedade de parentes que desempenhava as funções de grupo total, satisfazendo em si mesma suas necessidades sociais. Exercia então, a, o máximo de funções sociais, sendo definida como “um agrupamento político quase completo”, representando-se, extrinsecamente como centro de produção econômica detentora de unidade religiosa, e um poder político potente suficientemente para impor coercitivamente o primado do interesse coletivo sobre o individual.⁸⁴

A introdução de uma concepção mais individualista durante o século XIX valorizou, na Europa, o nascimento da família nuclear; surge também a família monoparental, fruto do divórcio e da filiação extra-matrimonial, passando assim a coexistirem várias modalidades de família.⁸⁵

⁸²GILISSEN, John. op. cit., p. 561.

⁸³Id. Ibid., p. 563-564.

⁸⁴PINTO, Luiz de Aguiar Costa. *Lutas de famílias no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasiliense, 1980. p. 3-4.

⁸⁵BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit de la famille*. Paris: Dunod, 1994. p. 10.

No Brasil, a família tal como é conhecida, sofreu influências da família romana, da família canônica e da família germânica. É notória a influência do direito canônico em nosso direito pátrio, como consequência direta da colonização portuguesa.⁸⁶

Em todo o período colonial e no Império, conheceu-se, como fonte formadora da família, o casamento: “casamento arranjado e o casamento por interesse”, sendo estes solenes contratos sociais de grande importância de inclusão na sociedade da época. Como aduz Mary del Priore “testamentos revelam tensões entre pais que viam seus filhos contrariá-los ao casarem-se por amor”. A preocupação com a manutenção do *status* social era muito mais importante do que o amor entre as elites da época.⁸⁷

No plano legislativo, vigeram as Ordenações do Reino, donde a Ordenação Filipina serviu o direito civil até a entrada em vigor do Código Civil em 1917, mas as instituições familiares foram alteradas inúmeras vezes por leis especiais, como a Lei de 6 de outubro de 1784 que disciplinava os esponsais; a Lei de 29 de outubro de 1775 que mitigou os costumes relativos ao consentimento paterno para a realização de casamento; a Lei de 9 de abril de 1772 que instituiu a obrigatoriedade de prestação solidária de alimentos entre parentes; o Decreto de 3 de novembro de 1827 que instituiu o casamento civil pela primeira vez em território nacional destinado aos acatólicos; o Decreto de 2 de setembro de 1847 atinente aos direitos do filho natural; o Decreto n.181, de 24 de janeiro de 1890, que, sob a lavra de Rui Barbosa, introduziu o casamento civil. Nesse mesmo mês, tal como leciona San Tiago Dantas, surgiram atos que separaram a Igreja do Estado, revogando-se, assim, o decreto que em 1827 adotara o Direito Canônico, aprovando a Constituição do Arcebispado da Bahia; uma vez celebrado pela autoridade civil, passa a admitir-se o desquite contencioso e por mútuo consentimento; o Decreto n.521 proíbe a celebração do casamento religioso antes do civil.

O Código Civil brasileiro de 1916 trouxe algumas inovações ao Direito de Família, mas manteve muitas das estruturas que se estabeleceram no longo dos tempos, como uma estratificação da consciência jurídica popular. Os princípios de liberdade e igualdade consignados no período possibilitaram a disseminação do divórcio e o reconhecimento da família natural ao lado da então denominada família legítima. Também se relativizaram os

⁸⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6, p. 16.

⁸⁷DEL PRIORE, Mary. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Ed. Contexto, 2005. p. 159.

conceitos de autoridade marital e parental em matéria de família. Nesse sentido, houve uma significativa alteração dos costumes e uma evolução paralela da legislação familista.⁸⁸

Tal como prelecionam os Mazeaud “o legislador não tardará a ceder à dupla corrente representada pelo costume e pelo pensamento”.⁸⁹

Assim sendo, refletimos com Luis Díez-Picazo e Antonio Gullon que a família se estabelece através das recíprocas relações entre pessoas que possuem um ascendente comum ou também entre aquelas que vivem juntas mantendo uma vida doméstica, um destino conjunto. Desta sorte, pressupõe a família uma dada organização social, que detém normas próprias de comportamento, crenças e tradições. Somente através da valorização das ideias preconizadas em cada momento histórico da existência humana, bem como das necessidades econômicas que se impõem, pode-se definir o que efetivamente se entende por família em cada momento de sua evolução.⁹⁰

1.1.5. A família na Pós-Modernidade

A segunda metade do século XX assistiu a um processo sem precedentes de mudanças na história do pensamento e da técnica, que levaram a uma alteração paradigmática no modo de se pensar a sociedade e suas instituições.

Chega, assim, a família, à era contemporânea, onde, através da mudança dos costumes, seus valores se modificam, passando a sua gênese a estar mais fincada no afeto e na valorização da dignidade da pessoa humana, observadas as peculiaridades que envolvem o ser individualmente considerado.

Para Giselda Hironaka, a estrutura da família foi se alterando paulatinamente com a mudança dos costumes, dos valores, “com a introdução de novos comportamentos e novos princípios, com o abandono de matises em desuso”.

Aponta como elementos transformadores da família contemporânea a independência econômica da mulher, a igualdade e emancipação dos filhos, o divórcio, o controle de natalidade, a reprodução assistida, a reciprocidade alimentar, a afetividade, a

⁸⁸DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 65-76.

⁸⁹MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. op. cit., p. 33.

⁹⁰DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de familia*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006. v. 4, p. 31-32.

autenticidade, entre outros, que “ tornaram a estrutura familiar mais maleável, adaptável às concepções atuais da humanidade”; alteram-se, assim, cotidianamente, a família e as relações familiares, que passam a desempenhar distintos papéis, onde sem dúvida o principal deles é a valorização da função afetiva da família que se torna o refúgio privilegiado dos indivíduos contra as pressões sociais e econômicas interpostas pela existência.⁹¹

Tal como aduz Mauricio Luiz Mizrahi, houve a ocorrência de uma segunda revolução individualista, onde o indivíduo limitado da era moderna deu lugar para o individualismo total da era atual. Assim, adotam-se instituições mais flexíveis e abertas, que, recusando as estruturas rígidas e uniformes, hierarquizadas do passado, fazem vigorar o ecletismo cultural, a informação, o estímulo das necessidades. Liberam-se, nessa ótica, os costumes, fazendo-se prevalecer a inclusão sobre a exclusão, abandonam-se as ideologias dominantes hegemônicas, ampliando-se nessa seara a autonomia individual e a valorização da realização pessoal do indivíduo. Essa abertura ideológica abarca os diversos planos da existência humana – as escolhas pessoais, a sexualidade, as barreiras ideológicas de expressão individual. Completa, ainda, que “a pós-modernidade aparece como a democratização do hedonismo”.⁹²

Para Luc Ferry, “o século XX funcionou como um ácido, fazendo desmoronar, ou pelo menos apagar, os princípios de sentido e valor que formavam os quadros tradicionais da vida humana”. A desconstrução das tradições, levada à potencialidade de individualismo, que paradoxalmente traz um alargamento de horizonte passando da ideia inicial de egoísmo para a atomização do social, aliada à evolução dos costumes e a alteração das mentalidades e o desenvolvimento científico-tecnológico, deixa ao homem o questionamento do que estas intensas mudanças eventualmente trouxeram de novidade ou mesmo de vantagem.⁹³

⁹¹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 12-14.

⁹²MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. p. 62-63.

⁹³É válido ressaltar que para Ferry um dos princípios fundamentais da revolução científica é a recusa dos argumentos de autoridade, visando de outra forma a reflexão sobre os institutos analisados, criticando-se mesmo os resultados nem sempre positivos das especulações. FERRY, Luc. op. cit., p. 49-50.

Nesse sentido, libertam-se as dimensões do inconsciente, dos afetos, do corpo, da sexualidade, compreendendo a supremacia da esfera da intimidade, até então negligenciada ou recalcada pela cultura.⁹⁴

Dessa perspectiva, tal como aduz Habermas “uma ininterrupta modernização social destaca-se, através de uma irresistível velocidade dos processos sociais, que representam o reverso de uma cultura saturada, em estado de cristalização”, e que cujos efeitos, entendemos, projeta-se na família.⁹⁵

Para Giselle Groeninga, “o afeto entrou no mundo do direito através daquilo que anteriormente lhe era excluído: as relações de filiação e as relações homoafetivas. A busca da humanização do sujeito e as tentativas de compreensão das relações entre o sentimento, o pensamento e a ação dirigiu-se para a busca do ser ético, que leva em conta o individual sem perder de vista o coletivo tendo sempre em vista o conceito de dignidade da pessoa humana”.⁹⁶

Tem-se, com essas reflexões, a noção da tomada de consciência de questões envolvendo direitos fundamentais e o respeito ao futuro das próximas gerações.

Nesse sentido, como aduz Ferry, há na contemporaneidade uma desconstrução, uma desapropriação e uma dessacralização do pensar e que especificamente no que tange à formação da família, esta deixou de fundar-se na conveniência, passando a valorizar a verdade, a afetividade; enfim, alterando-se o sentido da vida.

O sagrado mudou de sentido, “abandonando progressivamente as entidades tradicionais, que se supunham grandiosas pois inumanas, para se estabelecer, cada vez mais solidamente no coração do menos divino”, valorizando pois os princípios de identidade e igualdade, tendo em vista o desenvolvimento do ser humano.⁹⁷

“A história da família moderna, fundada no sentimento, vai mostrar que a única coisa que vale a pena, no final, é a pessoa, relacionando, assim, a vida privada como

⁹⁴FERRY, Luc. op. cit., p. 13-14, 18, 25.

⁹⁵HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 5-7.

⁹⁶GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004. p. 259 e 262.

⁹⁷FERRY, Luc. op. cit., p. 19-20.

verdadeira Meca da existência, a exaltação dos princípios democráticos, e a valorização da vida afetiva sob todas as suas formas, buscando a felicidade.”⁹⁸

Numa visão desconstruída que se caracteriza a pós-modernidade, a família alça formas novas, antes inconcebíveis, mas que vem encontrando cada vez mais adeptos e respaldo em face da lei.

Como leciona Carbonnier, “a família é um fenômeno de grupo, de associação e dissociação, que subsiste pela diferença e pela satisfação de necessidades diversas, dentro da amplitude do quadro social, que se transforma no tempo, nas funções, nas estruturas, e continuará sempre a se transformar, certamente agrupando formas novas, impondo novos contornos”.⁹⁹

Desse modo, a relação público-privado altera-se frontalmente, passando-se progressivamente da situação paradigmática das famílias a serviço da política, para uma outra onde a política está a serviço das famílias.¹⁰⁰

Pode-se entender, assim, a família na pós-modernidade como aquela que faz emergir novas formas de sentido, oriundo das transformações históricas e ideológicas que sofreu.

Em relação às características intrínsecas das diversas modalidades de família, que vêm se descortinando, podemos entender que convivem simultaneamente a família casamentária, a família formada na união estável, a família concubinária, a família monoparental, a família homossexual e a família formada nos estados intersexuais, que embora representem um campo farto de discussões no direito brasileiro, no plano internacional, fincam-se cada vez mais em garantias.

Tendo em vista que um dos pilares do século XX foi o desenvolvimento de um processo de construção de uma cultura em nível global, que gerou uma desconstrução do modelo anteriormente conhecido, determinado, dando espaço para o nascimento de formas novas de relacionamento cultural, onde entendemos vem situar-se a nova visão principiológica da família, alçada em valores como a identidade, a verdade, a opção (em alguns casos a falta desta), o afeto, entendemos que dentro deste panorama, que envolve a

⁹⁸Importante é vislumbrar na esteira do pensamento de Ferry a tendência da política, que tende cada dia mais, a se tornar, uma auxiliar da vida privada, buscando a inclusão social de todas as parcelas da população sem discriminação, marcas de intolerância ou preconceito.

⁹⁹CARBONIER, Jean. *Flexible droit*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 239.

¹⁰⁰FERRY, Luc. op. cit., p. 75.

mudança de paradigmas e sucessivas desconstruções, nada obsta a pertinência do reconhecimento da família formada por pessoas do mesmo sexo, ou mesmo nos estados intersexuais, uma vez que o elo coesivo de seus partícipes, o afeto, permeia essas relações ao lado da exclusividade, da transparência, da publicidade e do consentimento que caracterizam as outras formas de família.

Nesse sentido, convivem princípios e regras jurídicas, visando a aplicação do direito em prol da justiça, da valorização dos direitos humanos, uma vez que aqueles passam a condicionar a atividade do intérprete na sua busca pela formulação da regra que venha a preencher o caso concreto.

Passam, então, os princípios, a alcançar outra esfera valorativa no contexto hermenêutico, alçando-se à égide de norma jurídica, não no sentido estrito, de direito positivo, mas no sentido em que funcionam como agente viabilizador da interpretação nos limites legais, ou “mandamentos de otimização”, para falar com Alexy, para quem “princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (diferente das normas, que devem ser realizadas sempre por completo)”.¹⁰¹

Para Giselda Hironaka, a pós-modernidade traz consignada a valorização precípua da verdade e da realização pessoal, a busca do prazer, deixando de lado o conformismo e a comodidade, fortemente associada à noção de dever dos tempos anteriores. Abre-se, então, espaço para que o homem, liberto de fortes amarras de preconceito e noções comportamentais pré-estabelecidas, passe a buscar sua real felicidade, tendo em vista suas opções e preferências.¹⁰²

Endende Gilles Lipovetski que o uso do termo “hipermodernidade” é mais adequado do que o de pós-modernidade, pois este não considera ter havido de fato uma ruptura com a modernidade. Segundo ele, os tempos atuais são modernos com uma exacerbação de certas características das sociedades modernas, tais como o individualismo, o consumismo, a ética hedonista, a fragmentação do tempo e do espaço, valorizando, no entanto, o reinvestimento afetivo em sentimentos e valores tradicionais, a valorização do amor, a liberdade, a qualidade e a expectativa de vida.

¹⁰¹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade, cit., p. 18; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 32.

¹⁰²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade, cit., p. 19.

“A pós-modernidade representa o momento histórico preciso em que todos os freios institucionais que se opunham à emancipação individual desaparecem, dando lugar à manifestação dos desejos subjetivos, à realização individual, ao amor-próprio. O âmbito social não é mais um prolongamento do privado”.¹⁰³

Como retrata Maria Lucia Rocha Coutinho, “a família se movimenta com o movimento dos tempos, se altera com a alteração dos costumes e se modifica com a modificação das pessoas”.¹⁰⁴

Adstrita aos fenômenos do direito e dos costumes, não se tem como definir a qual dos dois encontra-se mais intimamente ligada, com muita certeza; tal como previu Durkheim, os fatos sociais se antevêm aos fatos jurídicos.

Desta sorte, a família na pós-modernidade se finca num aspecto mais liberal, mais individualista, onde a lei, sentindo-se impotente para sanar todos os conflitos que surgem, abandona-a às regulamentações mais flexíveis que a sociedade soube se impor fora da autoridade pública.

Carbonnier cita Proudhon para quem “a família não é um lago de águas tranquilas, ela é revestida de tempestades e tensões”.¹⁰⁵

Assim sendo, pode-se sintetizar com André Fischer que a sociedade vem se conscientizando de que existem outras possibilidades de relacionamento a serem aceitas. Desta sorte, legiões de homens e mulheres, com diversa orientação sexual, começam a experimentar novas fórmulas de relacionamento afetivo, do namoro ao casamento, com todas as repercussões e desdobramentos daí decorrentes, donde se destaca uma maior abertura à tolerância e à diversidade.¹⁰⁶

¹⁰³ LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 8-9; 23.

¹⁰⁴ COUTINHO, Maria Lucia Rocha. Transmissão geracional e família na contemporaneidade. In: BARROS, Myriam Lins de (Org.). *Família e gerações*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006. p. 97 – Apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade, cit., p. 25.

¹⁰⁵ CARBONIER, Jean. *Flexible droit*, cit., p. 249, 259 e 263.

¹⁰⁶ FISCHER, André. *Como o mundo virou gay?: crônicas sobre a nova ordem sexual*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008. p. 13.

Estabelece, nesse sentido, a família na contemporaneidade, uma forma mais plural e menos conservadora, mais democrática e menos autoritária, mais humanizada e voltada para a valorização do homem e o respeito aos direitos humanos.¹⁰⁷

Em consonância com o momento histórico vigente, o direito civil do século XXI, tal como leciona Nogueira da Gama “é constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, centrando-se neste sentido mais na esfera do ser do que na esfera do ter.”

A supremacia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra fértil terreno na formação da família, que merece especial proteção do Estado, independentemente de sua espécie conformativa.

Nesse sentido, tendo em vista o respeito ao afeto privado, à solidariedade e aos direitos humanos, entendemos apresentar a pós-modernidade o terreno adequado para sustentar, além das modalidades de família já reconhecidas pela Constituição Federal e pelo Código Civil, formas novas, que vêm desbravando os mares legislativos em diversos países do mundo: a família homoafetiva e a formada nos estados intersexuais.

Entendemos, assim, que na concepção principiológica da atualidade encontra-se a base para o reconhecimento de diversas formas de entidades familiares, que vêm paulatinamente alçando-se de legitimidade para funcionar como o *locus* onde o homem desenvolve sua personalidade, seu afeto, suas potencialidades, tendo em vista seus interesses valorativos.

1.2. Evolução Constitucional do direito de família no Brasil

As constituições brasileiras revelaram as mudanças sociais que ocorreram na sociedade, moldando-lhe o perfil, assim como retrataram as peculiaridades ideológicas que transpareceram da elaboração e aplicação da lei.

A primeira Constituição brasileira, a **Constituição Imperial de 1824**, elaborada num momento posterior à proclamação da independência do Estado brasileiro, fortemente inspirado nos princípios fundamentais da ideologia liberal, embora conservasse ranços do

¹⁰⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família na pós modernidade: separação de fato e ética. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 93.

absolutismo, não continha nenhuma referência relevante ao direito de família. No período, o estreito vínculo entre a Igreja e o Estado fazia existir apenas o casamento religioso como fonte formal da família.¹⁰⁸

A **Constituição de 1891**, redigida por Rui Barbosa, de cunho liberal, inspirada no modelo americano, sob a influência do ideário republicano, visou neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da sociedade, axioma do liberalismo, proclamou o casamento civil de celebração gratuita, desvinculou a instituição matrimonial da religião, uma vez que separou o Estado da Igreja.

A República pelo Decreto 181 de 1890 instituiu o casamento civil, de gratuita celebração no Brasil (também secularizou os cemitérios, laicizou o ensino público e separou o Estado da Igreja). Desta forma, este passou a ser o único ato jurídico capaz de constituir a família.¹⁰⁹

A **Constituição de 1934** inaugurou, com a nova declaração de direitos que consignara, o Estado social brasileiro, incorporou uma concepção de intervenção do Estado na ordem econômica e social, deu ao Estado a obrigação de amparar as famílias de prole numerosa, estimulou a indissolubilidade do casamento -que continuava civil e gratuito-, ressalvadas as hipóteses de desquite ou anulação, embora aceitando os efeitos do casamento religioso, trazia expressa recomendação da realização de exame de sanidade física e mental para os nubentes, assim como ordenou a gratuidade do reconhecimento dos filhos naturais.¹¹⁰

Diferentemente das duas primeiras constituições, os legisladores constitucionais de 1934 preocuparam-se em inserir a temática da família em seu corpo, rumando desta forma ao estabelecimento de uma democracia social.

¹⁰⁸GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007. p. 14; Retrata Paulo Bonavides e Paes de Andrade a Fala de D. Pedro I na sessão de abertura da Constituinte, a qual demonstra o Imperador a preocupação com o menor. “A primeira vez que fui à Roda dos Expostos achei sete crianças com duas amas: nem berços, nem vestuários. Pedi o mapa e vi que em 13 anos tinham entrado perto de 12.000, e apenas tinham vingado 1.000, não sabendo a Misericórdia verdadeiramente aonde elas se achavam. Agora com a concepção da loteria, edificou-se uma casa própria para tal estabelecimento, onde há trinta e tantos berços, quase tantas amas, quantos expostos e tudo em muito melhor administração. Todas essas coisas de que acima acabei de falar, devem merecer-vos suma consideração” – ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. São Paulo: OAB Ed., 2008. p. 31.

¹⁰⁹ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. op. cit., p. 243 e 259; OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 25 e 32.

¹¹⁰Sob a égide dessa Constituição é válido ressaltar que as mulheres votaram pela primeira vez no país; GIORGIS, José Carlos Teixeira. op. cit., p. 15.

Como aduzem Paulo Bonavides e Paes de Andrade “ largas são as mudanças que podem ser aferidas em toda a sua extensão, uma vez postas em conexidade com os capítulos da lei social, pertinentes à ordem econômica, à família, à educação e à cultura, introduzidos no quadro da Constituição”.¹¹¹

O Anteprojeto elaborado pela Comissão já dedicava dispositivos especiais visando a proteção da família em seus artigos 107 e 108:

“A família está sob a proteção especial do Estado e repousa sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos; a lei civil, porém, estabelecerá as condições da chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, e regulará os direitos e deveres dos cônjuges. O casamento legal será o civil, cujo processo e celebração serão gratuitos. O casamento é indissolúvel. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento”.

Com a promulgação da Constituição, a matéria sobre a família foi tratada em vários artigos (art. 113 n.34; art. 134; art. 138, a,b, art. 144 a 147).

Prescreve o artigo 144 “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado.

Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.”

Art. 145 “ O casamento regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do país.”

Art 146 “ O casamento será civil e de gratuita celebração.”

Aduz José Sebastião de Oliveira, com amparo em Paulino Jacques, que “a Constituição de 1934 preocupou-se mais com o casamento, origem da família, do que com a família ela mesma... o poder constituinte não se interessou em apresentar um conceito substancial do que seria uma família, limitando-se somente em especificar o ato pela qual ela se constituía e evidenciar que o ato jurídico do casamento era indissolúvel.”¹¹²

A **Constituição de 10 de novembro de 1937**, influenciada pela Constituição polonesa e pelos ideais fascistas de Mussolini, consagrou os mesmos princípios e garantias da Carta de 1934, trazendo como acréscimo a igualdade entre filhos naturais e legítimos,

¹¹¹ ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. op. cit., p. 327.

¹¹² OLIVEIRA, José Sebastião de. op. cit., p. 47-48; JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 259-260 Apud OLIVEIRA, José Sebastião de. op. cit., p. 49.

além da proteção da infância e da juventude pelo Estado. Não estendeu, entretanto, por norma constitucional, os efeitos civis ao casamento religioso.

Tratou da família nos artigos 124 usque 127:

Art. 124 “ A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”.

Art. 125 “ A educação da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever.”

Art. 126 “ Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos.”

Art. 127 “ A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades.”

Sintetiza José Sebastião de Oliveira que o legislador constituinte de 1937 não apresentou uma definição efetiva de família.¹¹³

A **Constituição de 18 de setembro 1946**, elaborada na fase pós-ditatorial do Estado-Novo, e surgida justamente quando mais se acentuaram, com o findar da Segunda Grande Guerra, as ideias e princípios de natureza econômico-social que vinham modificando a estrutura jurídico-política do mundo ante o surto de reformas e progressos que assinalaram a idade contemporânea de direito, configurou uma evolução jurídica que já iniciara seu traçado básico nas Constituições de 1934 e 1937, renovou tais direitos concedidos à família, adicionando a estes a vocação hereditária de brasileiros, em relação a bens deixados por estrangeiros no país.

Tratou da família nos artigos 163 a 165, em seu Capítulo I do Título VI, de onde se extrai que a família constitui-se pelo casamento válido de vínculo indissolúvel com proteção do Estado, será gratuita a celebração do casamento civil, e a este se equivalerá o religioso, as famílias de prole numerosa terão proteção estatal, assim como a maternidade, a infância e a juventude.

A Constituição de 1946 praticamente em nada evoluiu quanto à conceituação da família, embora já se apresentassem na época tendências invadoras, que visavam ampliar a legitimidade da família além daquela constituída pelo casamento indissolúvel.¹¹⁴

¹¹³ OLIVEIRA, José Sebastião de. op. cit., p. 50-54.

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 82-83; OLIVEIRA, José Sebastião de. op. cit., p. 57-62.

A **Constituição de 1967**, em nada alterou a proteção da família em face das Constituições precedentes. Assim, a família merecedora da proteção estatal era a família constituída pelo casamento válido, de caráter indissolúvel. Também essa Constituição não conceituou efetivamente o que era a família. Reduziu a apenas um artigo o seu espaço dedicado à família, artigo 167, mantendo os direitos já conferidos pela Constituição anterior.¹¹⁵

A **Emenda n.1, de 1969**, manteve o casamento indissolúvel, o que logrou modificação com a Lei do Divórcio de 1977, que estatuiu que o casamento podia ser dissolvido após prévia separação judicial por três anos, conforme disposição do artigo 175,§1º, e mais tarde pela Emenda n.2, de 1977, que permitiu o divórcio direto, para separações de fato por mais de cinco anos, se anteriores; outras prescrições trataram do casamento civil com celebração gratuita, do religioso com efeitos civis, assistência à maternidade, à infância e à juventude e aos excepcionais.

Como preleciona José Carlos Teixeira Giorgis, a instituição do divórcio e a aceitação de novos paradigmas como a independência da mulher, a valorização de uma nova consciência sobre a sexualidade, o crescimento de movimentos reivindicatórios, as parcerias civis, a abertura política, desembocaram no processo constituinte, com ampla discussão, em nível nacional, da nova ordem constitucional.¹¹⁶

A **Constituição Federal de 1988** espelhou a ânsia da sociedade brasileira pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito, baseando-se na experiência constitucional europeia, onde o predomínio do social encontra evidência, uma vez que ocupa papel de destaque o respeito aos valores mais elevados da natureza humana.¹¹⁷

Nas palavras de Miguel Reale “ a expressão Estado Democrático de Direito traduz uma opção para a democracia social, na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, sem prejuízo do papel criador atribuído aos indivíduos”.¹¹⁸

¹¹⁵ OLIVEIRA, José Sebastião de. op. cit., p. 65-66.

¹¹⁶ GIORGIS, José Carlos Teixeira. op. cit., p. 16-17.

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 19-20; SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 88.

¹¹⁸ REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

Introduziu uma radical mudança no panorama da família, com a nova conceituação de entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, passando a família a ser concebida de forma mais ampla, em decorrência de sua origem no direito natural, com reflexos no âmbito civil e penal.

Consagra a Constituição atual a proteção à família no artigo 226. Tal como introduz o citado artigo, esta forma-se pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis (§§ 1º e 2º), pela união estável entre o homem e a mulher, facilitada sua conversão ao casamento (§ 3º) e pela família monoparental, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º).¹¹⁹

Ampliou o reconhecimento da formação familiar, alterando o panorama tradicional, sedimentou a igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal para o homem e a mulher (§5º), regra que deriva do direito natural e da Declaração Universal dos Direitos Humanos; assim como as hipóteses de dissolução do casamento pelo divórcio, estabelecendo a forma direta após dois anos de separação de fato e a conversão da separação em divórcio após um ano de ruptura da vida em comum (§ 6º); estabelece que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, garantindo o Estado os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (§ 7º); assegurará o Estado assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Assentou, ainda além destes, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º,IV); fixou a igualdade entre os filhos, havidos ou não do casamento ou por adoção, sendo vedada qualquer forma de discriminação em matéria de filiação (artigo 227 § 6º); o planejamento familiar fundado na dignidade da pessoa humana (artigo 227§7º) e

¹¹⁹ Com base no art.226§3º da CF/88, o STF deu provimento a recurso extraordinário para reformar o acórdão do TJRS que afastara o direito de inclusão de ex-companheira como dependente segurado perante o Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – IPERGS- fundado na Lei Estadual n.7672/82 art.9º, I e II. Salientou-se também que houve em ação de alimentos e dissolução da sociedade de fato, acordo homologado e juízo, no qual se assegurara à recorrente o direito à reintegração como beneficiária do segurado (RE n. 229.349-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 11.09.2001, Inf. STF n. 241).

consagrou a proteção da família criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (artigo 226§8º).¹²⁰

Na síntese de Antonio Jorge Pereira Jr. “o Estado, investido de poder pela sociedade política, gerencia as relações familiares, dada sua importância para a sociedade e também para cada pessoa individualmente considerada, visto que a família é uma sociedade natural, responsável primeira pela formação da pessoa humana. Seu valor social foi assimilado pelo direito positivo constitucional, e assim, foi-lhe outorgada especial proteção do Estado”.¹²¹

Tal como preleciona Paulo Luiz Netto Lôbo, ante a pluralidade familiar reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro “a família referida nos artigos 226, 227 e 230 da Constituição é mais ampla que a nuclear, alcançando as pessoas que se vinculam por laços de parentesco, já os artigos 183 e 191 da Constituição contemplam a família sem limitar seu âmbito”.¹²²

Desta sorte pode-se concluir com Cláudio José Amaral Bahia que “ com a Constituição de 1988, todo o ordenamento jurídico e toda a atividade legislativa ficaram condicionados à observação e cumprimento dos princípios fundamentais elencados no artigo 1º da Constituição Federal e dos objetivos fundamentais previstos em seu artigo 3º, donde advém que o cerne do sentido jurídico passa a ser a valorização do ser humano, e sua efetiva proteção.”¹²³

Pode-se concluir com Teixeira Giorgis que a Constituição efetivou um redimensionamento e valoração do núcleo familiar, tratando igualmente pais e filhos, cônjuges e parceiros, protegendo-se outras modalidades de composição familiar, ampliando-se o conceito de família, que merece a proteção do Estado, para além da família formada pelo casamento.¹²⁴

No mesmo sentido é o pensamento de Marcial Barreto Casabona, para quem “ em análise ao conceito de família extraído do texto constitucional pátrio, pode-se concluir que nos últimos tempos ocorreram mudanças significativas oriundas de questões de natureza

¹²⁰COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 550.

¹²¹PEREIRA JR., Antonio Jorge. Comentários ao artigo 226 da Constituição Federal. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense; Gen, 2009. p. 2370.

¹²²LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26.

¹²³BAHIA, Cláudio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 11, n. 22, p. 21, jul./dez. 2008.

¹²⁴GIORGIS, José Carlos Teixeira. op. cit., p. 17.

econômica, sociológica e moral, que fizeram com que a família deixasse de ser uma entidade política dentro do Estado para ser um local de reunião de pessoas ligadas pelo afeto”.

Entende-se por família, tendo em vista a Constituição Federal, o *locus* onde cada ser desenvolverá sua personalidade, valorizando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a proteção estatal conferida a cada membro que a constitui, tal como se estabelece pelo artigo 226§ 8º da Carta Constitucional.¹²⁵

Com Francisco José Ferreira Muniz, entendemos que a garantia constitucional à família não deve ficar adstrita somente àquela oriunda do casamento, pois a família formada à margem deste representa uma formação social cada vez mais destacada, que é merecedora de tutela constitucional, porque detém as condições de afetividade, de estabilidade e de responsabilidade social – donde extraímos que apresenta *affectio* -, necessárias para viabilizar o desenvolvimento e integração de seus membros.

A mentalidade da sociedade contemporânea mudou e o casamento em sua forma tradicional passou a representar somente mais uma das formas de relacionamento familiar. Assim, a Constituição compreende a família em seu aspecto sociológico, que por sua vez permite um significado plúrimo, onde ao lado da família nuclear, que pode ou não ser fundada no casamento, reconhecem-se outros tipos de família com diversas formas de constituição.

Para Ferreira Muniz “inexiste na Constituição uma construção geométrica da família; ao contrário reconhece-se a diversidade, a pluralidade dos diferentes tipos de família que merecem tratamentos idênticos”.¹²⁶

Para José Afonso da Silva “a família é uma comunidade natural composta, em regra, de pais e filhos aos quais a Constituição, agora, imputa direitos e deveres recíprocos”.¹²⁷

Preceitua Paulo Luiz Netto Lôbo que para se formar uma família é necessária a ocorrência de dois requisitos basilares: a afetividade e a estabilidade. Donde deflui que outros grupos familiares sem contornos mais rigorosos como aqueles formados por pessoas

¹²⁵CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. In: AFETO, ética, família e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 383-385.

¹²⁶MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família e evolução no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 77-79.

¹²⁷SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 822.

sós, também recebem a denominação de família dado o entendimento da lei 8009/90 relativa ao bem de família.¹²⁸

Ressalte-se, ainda, que a Constituição Federal traz consignada uma norma de inclusão e não de exclusão, acabando, desta forma, como aduz Casabona, “com qualquer tipo de exclusão no que diz respeito a grupos familiares”.¹²⁹

A partir dessa análise conceitual, entendemos que, em análise dos princípios constitucionais, pode-se buscar, na contemporaneidade, tendo amparo constitucional, novas modalidades de família formadas por pessoas do mesmo sexo ou nos estados intersexuais, que também amparadas no afeto, na mútua assistência, na exclusividade, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade, igualdade e não discriminação, buscam sua regulamentação.

1.2.1. Princípios constitucionais aplicáveis à família

Em face da evolução constitucional da família, exposto, pode-se ponderar com Paulo Lôbo que “um dos maiores avanços ocorridos no direito brasileiro, após a Constituição de 1988, foi a consagração normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, pois sua eficácia meramente simbólica frustrava as forças sociais que clamavam por sua inserção constitucional”.

Nessa amplitude, as normas constitucionais, com força normativa própria, classificam-se em princípios e regras, distinguindo-se entre si por seu conteúdo semântico e pelo seu modo de incidência e aplicação.

Aduz que “a regra indica um suporte fático hipotético ou hipótese de incidência, mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência; já o princípio, por outro lado, indica um suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo sua incidência da atuação do intérprete, orientado pela regra instrumental da equidade, que leva em conta a ponderação dos interesses legítimos e dos valores adotados na coletividade, assim, permitem a adaptação do direito à evolução dos valores acatados na esfera social”.

¹²⁸LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40, jan./mar. 2002.

¹²⁹CASABONA, Marcial Barreto. op. cit., p. 387-388.

Aponta ainda, que “os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família subdividem-se em princípios fundamentais- abrangendo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, e princípios gerais, onde se inserem a igualdade, a liberdade, a afetividade, a convivência familiar e o princípio de melhor interesse da criança”.¹³⁰

Para José Afonso da Silva, o princípio exprime “ a noção de mandamento nuclear de um sistema, são ordenações que irradiam sistemas normativos, destes confluem valores e bens constitucionais”, ou seja, representam a estrutura basilar das normas jurídicas; enquanto as normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, outorgando às pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem.¹³¹

Pode-se, assim, entender que enquanto o princípio contém uma idéia jurídica mais geral, orientadora, a norma deve ser interpretada para ser aplicada no caso concreto.

No que tange ao Direito de Família, assevera Sebastião Oliveira, encontram-se elencados na Constituição Federal duas classes de princípios: os relativos à garantia dos membros da família no que tange à sua liberdade frente a influências externas e os relativos aos direitos dos membros da família frente ao próprio Estado, visando a efetividade dos direitos que lhe são garantidos constitucionalmente.¹³²

A análise dos princípios constitucionais atinentes ao tema são muito importantes para que se verifique as mudanças de paradigma da matéria, conferindo a esta os alicerces fundamentais para sua proteção, uma vez que conferem os valores basilares que norteiam as relações de família na atualidade, conferindo à sociedade em geral a assunção de seu valor preponderante que é a paz e a felicidade.

São princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família: o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento máximo do Estado Democrático de Direito, elencado no art.1º,III; princípio e fundamento do pluralismo e da democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como a escolha da espécie de família – art.1º,V-; princípio da igualdade dos membros da família – art.5º,I; princípios e objetivos da liberdade, da justiça e da solidariedade familiar – art.3º,I; princípio e objetivo da promoção da

¹³⁰LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 34-37.

¹³¹SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 91-92.

¹³²OLIVEIRA, José Sebastião de. op. cit., p. 273.

sociedade, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹³³

Além destes, outros princípios afluem da ordem constitucional, destacando-se para o direito de família: o princípio da tutela especial à família – art 226 caput; o princípio do pluralismo das tipos familiares – art 226 §§ 1º, 2º, 3º, 4º; o princípio da igualdade entre os cônjuges – arts. 5º e 226 § 5º; o princípio da dissolubilidade do vínculo conjugal – art 226 § 6º -; o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar – art. 226 § 7º; princípio e dever da convivência familiar – art. 227, caput; princípio da proteção da criança e do adolescente – art. 227, caput, incluindo sua colocação em família substituta – art. 227 § 3º, VI e § 5º; princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros – art. 226 § 5º; princípio da igualdade jurídica de todos os filhos – art. 227 § 6º; princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar – art. 226 caput e art. 1513 do Código Civil.¹³⁴

Sintetiza Orlando Gomes quanto aos princípios do direito de família: o princípio da *ratio*, fundamento do casamento e da vida conjugal, que se baseia na afeição entre os cônjuges, representa o suporte do casamento, a razão por que suas finalidades se cumpram; o princípio da igualdade entre os cônjuges, marcada pelo desaparecimento do poder marital e o princípio de igualdade entre os filhos.¹³⁵

Advém da análise do texto constitucional que o direito de construir livremente uma família – matrimonializada ou não – encontra-se reconhecido na Constituição. A liberdade de se casar e fundar uma família corresponde a um direito fundamental do ser humano, um direito da personalidade, pois tutela um interesse fundamental do homem, consagrado no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Este princípio encontra recepção no art. 5º § 2º da Constituição.¹³⁶

Como leciona Paulo Luiz Netto Lobo, “no Brasil, desde a primeira Constituição social em 1934, até a Constituição de 1988, a família é destinatária de normas tutelares,

¹³³No que tange à família homoafetiva e à família formada nos estados intersexuais, entendemos que o valor jurídico a ser protegido através da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana é o respeito à diversidade, à liberdade de orientação sexual e à identidade de gênero, que encontram proteção na Constituição Federal, sendo portanto vedada toda e qualquer forma de discriminação.

¹³⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., v. 6, p. 5-9; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 97-98.

¹³⁵GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 21-24.

¹³⁶MUNIZ, Francisco José Ferreira. op. cit., p. 77-79; RANGEL, Vicente Marota. *Direito e relações internacionais*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 438.

que assegurem a liberdade e a igualdade de seus membros, inserindo-se assim no projeto de modernidade”.¹³⁷

Sinteticamente conclui que após séculos de tratamento assimétrico, evoluiu o direito, rumo a uma consolidação da comunhão de vida, baseada no afeto, tendo em vista a aplicação dos princípios constitucionais, que, integrando o regramento jurídico, vem norteando as relações de família na pós-modernidade.¹³⁸

Como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana vem colocada no ápice do ordenamento jurídico e permeia intrinsecamente o direito de família, visando a realização de seus membros. Protege o Estado a família, independentemente da sua espécie, visto que várias são as modalidades de família presentes na Constituição Federal, apresentando esta uma norma de inclusão para outras modalidades ainda não previstas expressamente. Dele decorre a existência dos demais princípios na ordem atual.

“A Constituição Federal de 1988 ao fixar a dignidade como princípio central do Estado, jurisdicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo evidenciando os efeitos que deste devem ser extraídos”.¹³⁹

O princípio da solidariedade familiar, expresso no art.3, I e 229 da Constituição Federal, resulta da superação do individualismo jurídico e busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, origina-se nos vínculos de afetividade que marcam as relações familiares, abrangendo os conceitos de fraternidade e reciprocidade.

Indica a solidariedade como um vínculo de sentimentos que concorrem para a realização do indivíduo e do desenvolvimento de sua personalidade. No núcleo familiar evidencia-se o dever de mútua assistência entre os cônjuges, de proteção da criança e do adolescente (A Convenção Internacional sobre os direitos da Criança inclui a solidariedade entre os seus princípios, presente também no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º) e amparo aos idosos, previsto nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal. Justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso de sua necessidade, nos termos

¹³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 141, jun./jul. 2004.

¹³⁸ Id. *Famílias*, cit., p. 37.

¹³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 32.

do art. 1.694 do atual Código Civil, ou coibir a violência no âmbito familiar como dispõe o art.226§ 8º da Constituição Federal.¹⁴⁰

Quanto ao princípio da igualdade, previsto no Diploma Maior no artigo 5,I, este foi elevado ao *status* de direito fundamental, e operou imensa transformação no direito de família, mormente no que tange à igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos e entre as entidades familiares, rompendo, assim, com os fundamentos jurídicos da família tradicional, principalmente quando se trata da legitimidade familiar.

A igualdade, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, “é princípio que visa a um duplo objetivo: propiciar garantia individual e tolher favoritismos”, tendo sempre em vista o homem a quem é destinado o ato – ou descrímen – e o momento histórico em que está inserido.¹⁴¹

Para Roger Raupp Rios, o princípio da igualdade é relacional, no sentido em que “exige a correção da disciplina jurídica dispensada a uma situação em face dos tratamentos destinados a outras hipóteses”.

Este princípio, em sua dimensão formal, tem por objetivo precípua a superação das desigualdades entre os indivíduos, através da aplicação da mesma lei a todos os sujeitos de direito. Na esfera da sexualidade, visa abranger, numa concepção universalista da igualdade perante a lei a reivindicação dos direitos dos homossexuais (cujo termo em si mesmo já traz consignada a ideia de discriminação) e o direito à diferença, que lhes asseguraria uma eficácia em face da discriminação; sendo pois importante a imposição de tratamento igual, sempre que não se apresentarem razões suficientes para justificar a desigualdade no tratamento em face da orientação sexual.

No que tange à homossexualidade, no estágio atual de desenvolvimento das ciências, não é cabível a discriminação em virtude da orientação homossexual da pessoa. São bastante divulgadas, na atualidade, medidas legislativas, decisões jurisprudenciais ou mesmo das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, no sentido de eliminar a discriminação em face da homossexualidade ou da disforia de gênero.

¹⁴⁰“Com fundamento no princípio da solidariedade vem o entendimento dos Tribunais pátrios avançando no sentido de assegurar aos avós, aos tios, aos ex-companheiros homossexuais, direito de visita, valorizando os laços afetivos e de solidariedade formados nas relações familiares”. In LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 42; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 63.

¹⁴¹MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 23-33.

Em análise do ordenamento jurídico brasileiro, podemos concluir com Raupp Rios que a Carta Magna não veda expressamente a discriminação por orientação sexual. O Projeto de Emenda à Constituição de n. 67 de 1999, de autoria do Deputado Federal Marcos Rolim, vem corroborar a tendência global de discriminização da homossexualidade em todos os seus aspectos.

É válido ressaltar que, no que tange à orientação sexual, ainda existe muita discriminação e preconceito em matéria de direito de família no Brasil, muito embora os reflexos das relações homoafetivas oriundas de decisões jurisprudenciais abranjam decisões favoráveis à instituição de sociedade de fato, à sociedade familiar, e mesmo, diversas decisões judiciais tem sido proferidas no sentido de conceder a guarda de filho ao homossexual, assim como, encontram-se também decisões favoráveis à garantias previdenciárias, eleitorais e obrigacionais (entre outras desfavoráveis).¹⁴²

Entretanto, como pondera Paulo Lobo, “o princípio da igualdade admite limitações que não violem o seu conteúdo essencial, pois intrínsecas diferenças naturais e culturais permeiam as pessoas e as entidades, apenas entende-se que em face do princípio em tela as diferenças referidas não podem legitimar um tratamento jurídico desigual às partes no que concerne à base comum dos direitos e deveres, ou mesmo com o núcleo intangível da dignidade de cada pessoa inserida na família”.

O princípio da liberdade, com ênfase no artigo 3º, I da Constituição Federal, refere-se à autonomia individual para formar, manter ou extinguir relações familiares, bem como à possibilidade de alçar formas novas, sem interferências externas, assim como estende-se à livre administração do patrimônio familiar, ao livre planejamento familiar, à manutenção, enfim, da liberdade de escolha em face das intrínsecas preferências valorativas de cada um, observadas as limitações de ordem moral, mental ou em face à integridade física, opondo-se, desta forma, ao rigorismo do sistema anterior, substituindo-o por um modelo mais democrático.

Em relação ao princípio da convivência familiar, presente no artigo 227 da Constituição Federal, este expressa o direito à convivência familiar que, por sua vez, pode ser entendida como a relação afetiva que se estabelece entre os componentes do grupo

¹⁴²RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 130-143; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 63.

familiar, e que a seu turno, não se esgota na família nuclear, estendendo-se a outros parentes que integrem o grande núcleo familiar solidário.¹⁴³

Em face do princípio do melhor interesse da criança previsto no art.227 caput da Constituição Federal, previsto também nos artigos 1583 e 1584 do Código Civil, tem-se que "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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O art. 3º do supra referido Estatuto prevê que a criança e o adolescente gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O Código Civil de 2002, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita.¹⁴⁴

Também o princípio da afetividade permeia as relações familiares, pois encontra-se diretamente unido ao princípio da dignidade da pessoa humana. É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Evidencia-se este princípio, mesmo não inserto diretamente no texto constitucional, tanto na forma de composição do núcleo familiar quanto na prevalência da paternidade socioafetiva, que hoje, é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família.¹⁴⁵

Como leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “propõe-se por intermédio da repersonalização das entidades familiares preservar e desenvolver o que é mais caro aos familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, os projetos de vida em comum de cada membro”.¹⁴⁶

¹⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 42-52; DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 60-63.

¹⁴⁴ TARTUCE, Flavio. *Função social da família*, p. 6.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 67; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 47.

¹⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. op. cit., p. 97.

Pode-se concluir, desta forma, que os princípios constitucionais representam um alicerce normativo cuja aplicação representou uma forma diferente de aplicar a lei, de pensar o direito. Tendo em vista a prevalência dos direitos humanos, o conhecimento de que o homem é detentor de uma dignidade intrínseca e de direitos subjetivos da personalidade, fez aumentar a amplitude dos valores merecedores de tutela legal. Amplíssima esfera de abrangência detém os direitos de família, cujos princípios constitucionais embasam desde a concepção, passando pela manutenção, administração e extinção da composição familiar.

1.3. Função social da família

A família conheceu, ao longo do desenvolvimento histórico, diversas funções que se diferenciaram: religiosas, políticas, econômicas, protetivas, reprodutivas, socioculturais.

Inicialmente apresentou um caráter marcadamente patriarcal que foi substituído na atualidade pela valorização da solidariedade – previsto no art. 3º, I da Constituição Federal - e da afetividade entre seus membros.

No plano sociocultural, a família demonstra-se como o instrumento básico de socialização do indivíduo, uma vez que age, nas palavras de Luis Diez-Picazo e Antonio Gullon como “ um veículo de transmissão de pautas de comportamentos, de tradições, de hábitos, crenças, usos e costumes. A esta se atribui um importante papel na preparação do indivíduo para sua inserção na vida social, além da educação global do ser humano, possibilitando, outrossim, o desenvolvimento da personalidade individual de cada membro”. Representa, ainda, o local onde se visa atender às necessidades basilares do ser humano, de onde decorrem os direitos-deveres de mútua assistência e o dever alimentar; entre outros devidos entre os membros da família.¹⁴⁷

A interferência do Estado, notadamente pela previdência social, esvaziou, tal como preleciona Paulo Luiz Netto Lobo, a função econômica da família, aliada à emancipação econômica, social e jurídica da mulher, que por sua vez também contribuiu para a redução da função procriativa da família, valorizando-se, em seu lugar, a parentalidade

¹⁴⁷DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de familia*, cit., v. 4, p. 35.

socioafetiva, o que, por seu turno, fez crescente a aceitação da natureza familiar das relações homoafetivas.¹⁴⁸

Para Luiz Díez Picazo e Antonio Gullon, “cada dia é maior o repasse de funções da família para o Estado, que se preocupa com a educação- que na Espanha é gratuita -, a segurança, a saúde e o desemprego – benefícios atribuídos pelo chamado Estado de bem-estar social, que fez ,a seu turno, dominar as funções privadas familiares.¹⁴⁹

Desta forma, tem-se que importante é a influência dos ditames constitucionais, para a compreensão da dimensão que alcançou a família na pós-modernidade. O atual Estado Democrático de Direito tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art.1º,III), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º,I), a promoção do bem comum evitando-se qualquer forma de discriminação (art.3º,IV), tendo em vista a prevalência dos direitos humanos (art.4,II da CF), valores estes que permeiam todos os ramos do direito.

O Estado, atrelado à concepção de função social, define os parâmetros que devem nortear a concepção de família, institucionalizando as que convêm ao modelo social dominante e eximindo-se de regular formas outras, cujos partícipes lutam por seu reconhecimento, possibilitando que os princípios constitucionais de liberdade, igualdade, solidariedade e não discriminação sejam fortes atores no sentido da promoção social do indivíduo.¹⁵⁰

A família, agregação social, *locus* privilegiado de inserção do indivíduo, tem por função precípua a proteção da vida privada, familiar, bem como da socialização de seus membros, provendo-os de afeto, de segurança, possibilitando, assim, o desenvolvimento de sua personalidade, tendo em vista o momento histórico onde está inserida, devendo, para tanto, adequar-se às mudanças externas e internas ocorridas no meio social.

Pode-se ser então entender como uma das funções basilares da família viabilizar a formação e a socialização do indivíduo.

Para Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, esta é a principal função social da família, característica suficiente para justificar o instituto. Desta forma, deve o ordenamento

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família, cit., p. 139-140.

¹⁴⁹ DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. op. cit., v. 4, p. 36.

¹⁵⁰ TALAVERA, Glauber Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 33.

proteger as várias formas de convivência e consequentemente de inserção social das partes e da prole, sobretudo daquelas que não se inserem num modelo familiar já organizado.

Responsável pela formação do indivíduo e a consequente afirmação de sua personalidade, é também o lugar onde são satisfeitas as necessidades primárias do indivíduo – sobretudo daqueles membros desprovidos de meios próprios de manutenção. Daí derivam as obrigações alimentares entre parentes, regras de adoção, procriação assistida, guarda de filhos, formação das entidades familiares, aquisição do *status familiae*, regras atinentes à sucessão.¹⁵¹

Carbonnier evidencia as funções psicológicas, afetivas e intimistas como redutos invioláveis das funções familiares: “ em se tratando de propiciar o desenvolvimento humano, desde a tenra idade a família é imbatível”, possui também funções religiosas e preservacionistas de sua memória pessoal, “ um sentimento de eternidade que está confere ao homem”.¹⁵²

Por outro lado, tal como aduz Diogo Leite de Campos, “a família veio perdendo com a evolução dos tempos muitas de funções iniciais, que têm sido transferidas para outras entidades sociais: o culto religioso foi transferido do âmbito da família para os sacerdotes, a função de defesa dos membros está praticamente extinta, as funções de assistência vêm sendo assumidas pela sociedade e pelo Estado. No entanto, os laços de afeto terão aumentado, o amor conjugal terá assumido definitivamente seu papel preponderante de formador da família”.

Abstrai-se daí, então, que a função primordial da família, que constitui “a sua razão de ser”, é a assistência espiritual, psicológica, material, moral e de sociabilização de seus membros, fazendo desta uma instituição social imprescindível, em face das funções sociais que desempenha.¹⁵³

As diversas alterações sobre o direito de família advindos da Constituição Federal de 1988 repercutiram diretamente nas alterações em matéria de família no Código Civil, que à luz dos princípios e normas constitucionais, donde ressalta-se a função social da família, visou preservar a coesão familiar e os valores culturais da atualidade.

¹⁵¹Deve-se entretanto considerar que na atualidade o Estado de bem-estar social ocupa-se de proteger as pessoas dos infortúnios: doença, desemprego; e garantir-lhes todos os benefícios necessários à sua sobrevivência digna. DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. op. cit., v. 4, p. 34-36.

¹⁵²CARBONIER, Jean. *Flexible droit*, cit., p. 242.

¹⁵³CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Direitos da família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 22-25.

Em virtude deste princípio, ressaltam-se o a igualdade absoluta entre os cônjuges e dos filhos, estes havidos ou não da relação de casamento – protegendo-se as relações que derivam do estabelecimento da guarda dos menores, de sua educação ou de sua manutenção; do reconhecimento do direito aos alimentos, recíprocos entre pais e filhos, inclusive aos companheiros, observando-se as circunstâncias socioeconômicas em que vivem os interessados; a responsabilidade de mútua assistência, mesmo quando finda a sociedade conjugal ou o companheirismo.¹⁵⁴

No que se refere à guarda, educação e manutenção dos filhos, aduz Miguel Reale que são estabelecidas normas bem diferentes das vigentes na legislação anterior. Desaparece a figura do “pátrio poder”, que passa a denominar-se “poder familiar”, cabível igualmente a ambos os cônjuges. Havendo divergência, qualquer deles poderá recorrer ao juiz, que decidirá, tendo em consideração tanto os interesses do casal como dos filhos (tendo sempre em vista o melhor interesse do menor).

Em virtude dessa função social da família – que a Constituição considera “base da sociedade” – cabe ao juiz o poder-dever de verificar se os filhos devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, atribuindo a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade, de acordo com o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Poderá o juiz, tendo em vista a função social da família, suspender o poder familiar em caso de abuso de autoridade dos pais, seja faltando com os deveres a ele inerentes, seja dilapidando-lhes o patrimônio, adotando a medida mais adequada para a tutela do interesse do menor. “Atende desta forma o direito familiar, concomitantemente a laços biológicos e sociais, tendo em vista o melhor interesse dos filhos”.¹⁵⁵

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 226 e 227, efetivou uma autêntica revolução no Direito de Família. “Não apenas as relações familiares, mas as relações privadas em geral, passaram a ser fundadas em alguns valores e princípios fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social, que se tornaram fundamentais para nortear a interpretação das normas infraconstitucionais para

¹⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., v. 6, p. 5, 20.

¹⁵⁵ REALE, Miguel. A função social da família no novo Código Civil. p. 1. *Professor Miguel Reale*. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>..

aplicação nas situações concretas, valorizando-se assim a formação da pessoa humana e o estabelecimento e proteção das relações familiares.”

Como aduz Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a função social da família, expressa no novo Código Civil, representou uma evolução da noção de “família instituição” para a de “família instrumento”. Assim, tendo em vista esse novo conceito, a família passou a ser vista como um instrumento de realização da personalidade e das potencialidades de seus integrantes, protegendo principalmente as partes mais vulneráveis na relação familiar: as crianças, os adolescentes e os idosos.¹⁵⁶

Pode-se concluir, na esteira do pensamento de Nogueira da Gama, com base nessa concepção evolucionista do direito de família, que é importante a proteção legislativa das autênticas relações familiares que cumprem sua função social – novas modalidades de família- na medida em que, inserindo o indivíduo em sua estrutura basilar, amplia-lhe e confere-lhe possibilidades de tutela de suas necessidades.

Desta forma, vê-se que a família na pós-modernidade é disciplinada na plenitude de sua função social, pois abrange diversos valores sociais a serem protegidos, como o valor à vida, à saúde, à moradia, à igualdade, à justiça, o direito ao nome, o direito à formação familiar, o direito à herança, entre muitos outros que se estabelecem como estrutura basilar do Estado Democrático de Direito.

A função social da família importa, outrossim, no seu concreto modo de funcionar, seja em seu aspecto psicossocial, sendo em seu aspecto patrimonial, impondo muitas vezes limites ao exercício individual, tendo em vista o bem-estar social.

1.4. Natureza e disciplina jurídica da organização familiar

Devido à sua importância inquestionável para a estruturação da sociedade, a família recebe uma orientação direta do Estado. Logo, suas normas reguladoras são de ordem pública, e ordenam intrinsecamente as diversas formas de composição das entidades familiares, observadas suas intimas peculiaridades, bem como as questões atinentes à prole, e à proteção econômica da família.

¹⁵⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Visão panorâmica do direito de família*. Palestra proferida em 16.03.07 na EPM. Disponível em: <www.epm.sp.gov.br/siteepm/noticias>.

Daí decorrem as interferências do Estado nas regras sobre a formação e a dissolução da família, seja esta unida ao casamento; à união estável; à monoparentalidade; ou, mais modernamente, tendo em vista a força das evidências e dos costumes, a valorização da dignidade da pessoa humana, presente nos Documentos Internacionais e nas Cartas Constitucionais, às uniões homoafetivas, ou às formadas nos estados intersexuais, buscando-se respeitar os direitos das partes envolvidas nessas relações.

Regula ainda o Estado a proteção da prole, normatizando as práticas de inseminação artificial, de interrupção da gravidez, de doação de material genético ou mesmo impondo a realização de exames pré-nupciais tendo em vista a manutenção da higidez familiar e, através desta, a do próprio Estado.¹⁵⁷

A proteção da estrutura familiar em todas as suas dimensões confere um caráter eminentemente publicista ao direito de família, como retrata Rui Geraldo Camargo Viana.¹⁵⁸

Carbonnier, elegendo um caráter mais particularista à família desenvolve a sua teoria do *non-droit*-, garantindo um caráter organizacional à família onde o Estado não penetra “a chaque famille son droit”. Retrata que a sociologia jurídica ocupa-se de estudar sistematicamente as imagens de uma época, seja fundando as bases de um direito novo, seja analisando-lhe a doutrina e a jurisprudência, seja revelando o espírito da instituição que melhor se adapta a cada caso.¹⁵⁹

Para Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro, examinando-se a evolução do direito de família, pode-se entender um movimento de diminuição do nível de intervenção do Estado nesta, principalmente nos países mais industrializados, que se evidenciam basicamente pela diminuição do número de casamentos realizados, o aumento do número de uniões de fato e de nascimentos extramatrimoniais; no plano legislativo, consigna-se a facilitação legal do divórcio – admissibilidade da extinção do vínculo matrimonial por consenso-, ou mesmo, numa postura mais subjetiva, a maior aceitação (“banalização”) de comportamentos anteriormente tidos por transgressivos, mormente de índole sexual.

¹⁵⁷A proteção do Estado através dos documentos legislativos próprios dá-se em todas os âmbitos da existência familiar: seja evidenciando o aspecto moral, ético, afetivo ou patrimonial.

¹⁵⁸VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*. 1996. Tese (Professor Titular) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996. p. 45-47.

¹⁵⁹CARBONIER, Jean. *Flexible droit*, cit., p. 244-246.

Nos últimos anos, principalmente na Europa, tem crescido muito a atividade legislativa em matéria de família, visando o reconhecimento de formas novas, a persecussão de seus valores intrínsecos, estando para isso o direito atento às transformações sociais, submetendo os fatos às normas, que a seu turno devem ser exequíveis a todos.¹⁶⁰

Na lição de San Tiago Dantas “o que caracteriza o direito de família diferenciando-o dos demais ramos do direito é a predominância do elemento social sobre o técnico na formação da norma jurídica. O conteúdo social determina, ora mais, ora menos, o que a norma dispõe”.¹⁶¹

Isto porque “a família é antes de tudo uma realidade social, um corpo intermediário entre o indivíduo e o Estado, como entendem os publicistas”.¹⁶²

Completa, ainda San Tiago Dantas que as normas atinentes ao direito de família apresentam mais um caráter ético do que jurídico, que têm grande afinidade com o direito público, uma vez que retratam o interesse da coletividade, “o indivíduo no seio da família está envolvido por um agrupamento social cujos interesses, muitas vezes, prevalecem sobre os individuais”.¹⁶³

Caio Mário da Silva Pereira, apoiado no pensamento dos irmãos Mazeaud, dispõe que “o direito de família deve continuar integrando o direito privado, dada a predominância dos interesses do organismo familiar sobre os dos organismos públicos”. Entende, assim, que, “embora não falem ao direito de família peculiaridades marcantes, seu lugar é mesmo no direito privado e sua classificação certa é no direito civil, dado o tipo de relações jurídicas que visa disciplinar”, embora reconheça-se neste a presença marcante de preceitos de ordem pública. Salienta, ainda, a tendência da civilística constitucional no direito brasileiro, coordenado pelos princípios constitucionais.¹⁶⁴

Na mesma linha é o pensamento de Orlando Gomes, para quem, tendo em vista os sujeitos a que se destina, o conteúdo das relações que disciplina, os fins de seu ordenamento e as formas de atuação, o direito de família insere-se no direito privado,

¹⁶⁰PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal. os deveres conjugais sexuais*. Lisboa: Almedina, 2004. p. 397-400.

¹⁶¹DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 77.

¹⁶²VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*, cit., p. 68-70.

¹⁶³DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 78.

¹⁶⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 5, p. 4 e 30-32.

embora apresente alguma afinidade com o direito público, “ o ordenamento jurídico da família conforma-se às finalidades essenciais do direito privado”.¹⁶⁵

Diverso não é o entendimento de Henri Capitant, para quem os direitos de família incluem-se no grupo dos direitos privados. Nasce das relações familiares, que abrangem a condição de cônjuge ou a parentalidade (natural ou civil), de onde emanam ao mesmo tempo direitos e deveres, decorrentes desse relacionamento interpessoal que se estabelece.¹⁶⁶

Isso porque, tendo em vista o pluralismo das fontes que caracterizam o direito de família, as leis que regulam as relações familiares visam assegurar direitos individuais, estando a vida familiar fundada na autonomia da vontade, na possibilidade fática de sua concretização, travando-se essas relações efetivamente entre os particulares, embora, como salientem os diversos doutrinadores, estejam estas manifestações reguladas pelo Estado e assim submetidas à sua fiscalização e controle, muito embora os direitos em questão sejam de ordem particular; pois como se sabe, o direito à composição familiar é um direito da personalidade, protegido pela Constituição Federal e por diversos Tratados Internacionais em matéria de direitos humanos.¹⁶⁷

Ademais, ao seu caráter publicista ou privatista, debate-se sobre o caráter institucional da família.

No entendimento da doutrina francesa, apoiada na concepção de Maurice Hariou, a família é, na sua formação, uma instituição, pois nela coexistem a ideia da obra, que se constrói no meio social e constitui a causa principal do organismo familiar; do poder dirigente que o organiza, visando a consecução da ideia principal e da manifestação da comunhão em si do grupo social, da coesão de seus membros, em torno da obra a ser realizada.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Interessante ponderação me pareceu advinda do seu pensamento, que a proteção dos indivíduos nas estruturas familiares não se dá por serem estes integrantes do Estado tendo em vista seus critérios técnico-jurídicos, mas sim por incluir-se esta entre os deveres do Estado, nas Constituições contemporâneas. Pois, tal como aduz, semelhante interpretação tem lugar nos regimes totalitários, e dos perigos dessa estatização tem a historiografia o relato tórrido da lei alemã sobre a juventude hitlerista e suas terríveis conseqüências na história da humanidade. GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 7. San Tiago Dantas diferenciou com muita proficiência as normas de ordem pública e as de ordem privada, e a norma de direito público e as de direito privado. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. op. cit., p. 79.

¹⁶⁶ CAPITANT, Henri. *Droit civil*. 4. éd. Paris: Pedone, 1923. p. 127-128.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 5-7.

¹⁶⁸ HARIOU, Maurice - L'institutions dans l'oeuvre de M. Hariou. Rev. Dr. Publ., 1991, p. 77 e ss. Apud FENOUILLET, Dominique. Couple hors mariage et contrat. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÉRES, Pascal de Vareilles. (Dir.). *La contractualization de la famille: études juridiques*, cit., p. 100.

Entretanto, como bem se observou no decorrer dos tempos, a publicização do direito de família desencadeou um movimento inverso, uma ampliação de normas de direito privado nas relações familiares que levou à contratualização da família, como lecionam Dominique Fenouillet e Pascal de Vareilles- Sommières.

O declínio do caráter institucional da família e a privatização do direito de família são temas bastante recorrentes na doutrina contemporânea. Daí decorre a ideia de se medir efetivamente a eficácia da redução do direito de família em uma de suas dimensões mais tangíveis: a contratualização da família, que abrange várias dimensões regulamentares da esfera familiar: relações pessoais e patrimoniais; relações de direito interno ou internacionais; relações de aliança ou parentesco.¹⁶⁹

Dessa forma, preleciona Rui Geraldo Camargo Viana que “a necessidade de ordenar a estrutura familiar leva o Estado a ampliar sua regulamentação jurídica em torno de suas fontes naturais: a união sexual e afetiva e a filiação. Assim, a legislação moderna tende à equiparação dos filhos, incrementa a família adotiva, envolve a união livre que passa a legítima entidade familiar, abrindo espaço para um maior individualismo nas relações familiares, incrementando a atuação contratual”.¹⁷⁰

Jorge Alberto Casas Altas Duarte Pinheiro, amparado no pensamento de Maine, aduz que “no século XX o direito de família evoluiu do status para o contrato, adotando um regime jurídico que reconhece a autonomia privada no desenvolvimento das relações pessoais”.¹⁷¹

Vê-se, desta forma, que o tom da sociedade pós-moderna atende à busca da realização e da felicidade pessoal, assim como o desenvolvimento das intrínsecas particularidades e potencialidades do indivíduo ampliado na sua estrutura familiar.

Aduz Pierre Murat que “o contrato é um instrumento de grande plasticidade que reúne sem grande dificuldade os sufrágios de todos os grupos que nele buscam a consagração jurídica de novos comportamentos: a liberação da força contratual no direito de família é, a seu turno, uma reivindicação revolucionária”.¹⁷²

¹⁶⁹In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualisation de la famille*, cit., p. V.

¹⁷⁰VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*, cit., p. 49.

¹⁷¹PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. op. cit., p. 507.

¹⁷²MURAT, Pierre. Rattachement familial de l'enfant et contrat. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualisation de la famille*, cit., p. 135.

Para Frederick Herz, uma das mudanças mais significativas na contemporaneidade envolvendo o casamento e o divórcio foi o incremento das parcerias civis, que priorizaram a contratualização da família.¹⁷³

Valoriza-se a manifestação volitiva das partes no que tange à liberdade de contrair matrimônio; na dissolução amigável do casamento; na amplitude de reconhecimento de paternidade; na legalização do concubinato; no controle de natalidade; na doação de material genético e formação dos gametas quando da inseminação artificial; nas diversas formas de concepção da estrutura familiar, onde destaca-se, em algumas legislações, o casamento homossexual.

Assim, na concepção de Camargo Viana “a dimensão civilística do direito de família realça seus aspectos interindividuais, os direitos subjetivos e a intimidade da vida familiar que não podem ser imiscuídos pelo pleno controle social, ampliando a presença das normas de direito privado nas relações intra-familiares, ficando para o direito público a disciplina externa das inúmeras políticas exercidas pelo Estado na proteção da família”.¹⁷⁴

Como preleciona François Terré “é difícil o equilíbrio entre as normas de ordem pública e os acordos privados em matéria de família, pois privilegiar o contrato em detrimento das normas de ordem pública familiar desnatura essa sociedade particular e dificulta a plena inserção do indivíduo na sociedade global; por outro lado, um apego exacerbado às normas de ordem pública familiar impedem o contrato de produzir plenamente os efeitos que lhes são inerentes”.

O equilíbrio, para o autor, situar-se-ia num recuo da aplicação da ordem pública familiar e um conseqüente aumento da autonomia contratual em matéria conjugal, cujo alcance se dá sobre as relações familiares (como no PACS), que incluem o parentesco, a ruptura da sociedade conjugal, os regimes matrimoniais, observando-se os limites intrínsecos à contratualização da família, às liberdades individuais e o respeito às normas de ordem pública.¹⁷⁵

Pode-se, assim, concluir que a família é por excelência a sede básica da sociedade, é um *locus* destinado à satisfação das necessidades e potencialidades dos seus integrantes, e portanto, uma realidade conjectural que respeita prioritariamente os seus componentes

¹⁷³HERTZ, Frederick. *Legal affairs: essential advice for same-sex couples*. New York: Henry Holt and Company, 1998. p. 12, 53.

¹⁷⁴VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família e a filiação*, cit., p. 49-50.

¹⁷⁵TERRÉ, François. Rapport de synthèse. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÉRES, Pascal Vareilles (Dir.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001. p. 309-311.

originários. Entretanto, a formação da família obedece ao regramento legal, que leva o Estado a limitar, em maior ou menor grau, a autonomia das partes, mas principalmente, tendo em vista as mudanças paradigmáticas que conheceu a família, funcionar como intérprete da vontade social.

Na esteira do pensamento de Dominique Fenouillet, constituem efetivamente família os grupos conjugais formados oriundos das disposições contratuais? O aumento do número de relações de casais formalizadas em contrato atesta, na verdade, o pluralismo que define a família na contemporaneidade, definindo-a além dos moldes intrínsecos da família tradicional.

A passagem da utilização, pelos casais não-casados, de contratos comuns para contratos especiais, conduz ao surgimento de convenções *sui generis*, que na França emoldurou-se sob a forma de pactos civis de solidariedade, que, recepcionados no âmbito legal, dão margem ao surgimento de novas formas de convivência, uma vez que “realizam o esfacelamento progressivo da força de resistência da instituição matrimonial”, outorgando ao PACS o *status* de uma nova instituição.

Assim, “o pacto vem tomar seu lugar entre as instituições familiares, ao lado do casamento, ou mais exatamente, após o casamento”. Este não concorre com o modelo matrimonial e é bastante acatado pelos tabeliães, advindo de uma demanda de reconhecimento por parte dos interessados – casais que não querem ou não podem se casar. Também as decisões jurisprudenciais vêm acatando o reconhecimento das sociedades de fato, recorrendo aos princípios de analogia e equidade, recobrando-as de direitos, a fim de evitar o vazio da lei.¹⁷⁶

Desta sorte, pode-se concluir com Dominique Fenouillet que, em face do pluralismo familiar vivamente reconhecido na pós-modernidade, a contratualização da família vem efetivar uma dessacralização e uma desinstitucionalização dos modelos familiares, conferindo um caráter institucional à família formada fora do casamento, abraçando aqui a assimilação de casais heterossexuais e casais homossexuais. Nesse sentido, o pacto civil de solidariedade empregado em solo francês e em outras legislações europeias, ou extra comunitárias, aparece como uma técnica de legitimação social do

¹⁷⁶FENOUILLET, Dominique. op. cit., p. 81-87.

pluralismo familiar, posto que, rompendo com o exclusivismo da instituição matrimonial, confere proteção contratual aos relacionamentos homossexuais.¹⁷⁷

No Brasil, embora não se tenha uma legislação nesse sentido, privilegiando as relações homoafetivas, debates doutrinários e decisões jurisprudenciais vêm singrando o entendimento de que as relações afetivas formadas por pessoas do mesmo sexo devem ser entendidas como formação de família e não como sociedade civil e portanto julgadas nas varas de família.¹⁷⁸

1.5. A formação da família e suas interfaces com o direito da personalidade

Ao conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas dá-se o nome de personalidade.

A Constituição de 1988 consagrou em seu texto o reconhecimento de que a pessoa é detentora de direitos inerentes à sua personalidade, entendida segundo ilustram Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto “ como as características que distinguem o ser humano, ao mesmo tempo em que integra a sociedade e o gênero humano. São características que configuram pressupostos da própria existência da pessoa”.

De acordo com a definição supra “ o primeiro elemento que aparece na relação jurídica é o sujeito ou a pessoa, sem o qual ou sem a qual não pode existir o direito”. Oriunda do latim *persona* exprime a atuação que cada indivíduo desempenha no cenário jurídico e num senso evolutivo do termo “passou a palavra a expressar o próprio indivíduo”. Assim, decorre desta acepção jurídica que “pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações, sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica”.¹⁷⁹

¹⁷⁷FENOUILLET, Dominique. op. cit., p. 91, 109.

¹⁷⁸Nesse sentido é o pensamento de DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 131; FERNANDES, Taisa Ribeiro. *Unões homossexuais efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004. p. 51; VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da homoafetividade*. São Paulo: Ed. Método, 2008. p. 349, entre outros, entendimento ao qual compartilhamos.

¹⁷⁹MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 64; BORDA, Guillermo A. *Derecho civil: parte general*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953. t. 1, p. 187.

O Código Civil dedicou um capítulo exclusivo para os chamados direitos da personalidade, tendo por objetivo precípuo a preservação do respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos protegidos constitucionalmente, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à honra e à liberdade pessoal.

Aduz José Enrique Bustos Pueche que “é bem conhecida a lição de Hermogeniano: *omne jus causa hominum constitutum est*”; a finalidade do direito é servir a pessoa. O fim institucional do direito civil considerou sempre a proteção da pessoa, do indivíduo. O que ocorria que é que em muitas vezes a preocupação com a proteção patrimonial desse indivíduo suplantava-se à sua própria proteção individual, firmando-se, assim, a proteção em face dos bens externos da pessoa. Via-se a pessoa mais como elemento de uma relação complexa, do que em si mesma.¹⁸⁰

As ideias filosóficas e cristãs foram paulatinamente desmistificando a “coisificação” do homem, presente no direito antigo, até que a inerente diferenciação entre estes desaparecesse no mundo moderno. Desta forma, temos que pessoa natural é qualquer ser vivente da espécie humana independente de raça, cor, sexo, idade, credo, estado de saúde ou nacionalidade.¹⁸¹

Analisando a evolução histórica dos direitos da personalidade, preleciona Daisy Gogliano que “o primeiro ordenamento jurídico que se tem notícia, constando disposições sobre o direito da personalidade foi o Código de Hamurabi (2000 aC), onde já apareciam delineamentos de proteção ao nome, ao respeito à vida, à dignidade da pessoa humana”.

Também no Código de Manu, datado do século XIII aC, podiam ser encontradas disposições a respeito dos direitos inerentes ao homem.¹⁸²

A noção de personalidade em si, apesar de não possuir sistematização, remonta ao direito romano, reconhecendo-se esta inicialmente aos indivíduos que reuniam três qualidades essenciais: O *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. Às pessoas dotadas de *status libertatis* era conferida, em Roma, a cidadania, e com ela a capacidade

¹⁸⁰BUSTOS PUECHE, José Enrique. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Ed. Dykinson, 1997. p. 17-18.

¹⁸¹Muito embora o desenvolvimento científico no que tange à decodificação o DNA humano tenha chegado à conclusão de que existe só uma raça: a raça humana.

¹⁸²GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. 1982. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 12-20.

jurídica plena, a aptidão para ter e exercer direitos. Assim sendo, somente os cidadãos possuíam integrais direitos da personalidade.¹⁸³

Em contraposição à concepção romana do ente humano, no direito moderno a noção de personalidade relaciona-se com a capacidade, que a seu turno é a aptidão para adquirir direitos e exercer para si ou para outrem os atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade. A pessoa natural é, por sua vez, o ente a quem a ordem jurídica outorga esses poderes.

Observa Castan Tobenãs a presença de um componente de dignidade inerente ao homem, servindo como fio condutor para a elaboração de uma teoria dos direitos da personalidade.¹⁸⁴

Assim também concebe Adriano De Cupis, para quem os direitos da personalidade, em face de seu caráter de essencialidade, são em sua maior parte direitos inatos, que não se exaurem em sua determinação e recebem proteção jurídica nos ordenamentos modernos, oriundo de uma universalização da pressão dos ideais da sociedade em reconhecê-los e protegê-los como tal.¹⁸⁵

Na lição de Capelo de Souza, o homem passou a ser reconhecido como o centro do ordenamento jurídico, sendo seu valor íntimo e suas necessidades agentes favorecedores do desenvolvimento da sistematização de um direito geral da personalidade, que apresentou no decorrer da história da humanidade um fortalecimento e uma positivação que passaram a ser tutelados por norma expressa.¹⁸⁶

Preleciona Limongi França que “o direito existe para que a pessoa, em meio à vida social seja aquinhoadada segundo a justiça com os bens necessários à consecução de seus fins naturais”.¹⁸⁷

Ensina Fábio De Mattia que “localiza-se a elaboração da teoria dos direitos da personalidade na reação surgida contra o domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo, a escola Jusnaturalista e a Revolução Francesa consagraram *os direitos*

¹⁸³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capello de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. p. 28; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de Imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 15.

¹⁸⁴ TOBENÃS, Castán. *Derecho civil español*. Madrid: Común y Foral, 1955. v. 2, t. 1, p. 735-736.

¹⁸⁵ DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Jovene, 1950. p. 21.

¹⁸⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capello de. op. cit., p. 30.

¹⁸⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 38, p. 6, dez. 1992.

fundamentais e essenciais do indivíduo, estes oriundos da sua íntima condição de indivíduo, que somado à proteção estatal gerava a categoria dos direitos inatos”.¹⁸⁸

Apesar de o Código Civil francês não ter acolhido nenhuma disciplina específica sobre os direitos da pessoa enquanto fruto direto da Revolução Nacional, outros países, como a Áustria, incluíram em seu Código de 1811, cuja elaboração datava de 1797 e que sofrera nítida influência do direito natural.

Ressalta Fábio Maria De Mattia, amparado por Arturo Valencia Zea, que “há autores que afirmam que os direitos humanos são em princípio os mesmos da personalidade; mas, quando se fala em direitos humanos referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-lo das arbitrariedades do Estado. Quando nos deparamos com os direitos da personalidade, encontramos-nos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, devendo defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas”.¹⁸⁹

Após a Segunda Guerra Mundial, com a influência da grande expansão científica que passou o mundo, retomou-se a preocupação com a delimitação de um direito geral da personalidade, bem como da proteção da esfera individual da personalidade humana, estando presente a sistematização dessa proteção individual nas cartas constitucionais dos diversos países.¹⁹⁰

Foi a partir da Constituição alemã de 1949 que houve uma retomada do conceito geral de personalidade, compreendido como a prerrogativa de conservação e desenvolvimento da própria individualidade, valor intrínseco do homem, conteúdo de sua dignidade, que corresponde a uma verdadeira fonte do direito na concepção de Fábio Maria De Mattia, os direitos da personalidade.¹⁹¹

¹⁸⁸DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 2, p. 35, jan./mar. 1978.

¹⁸⁹Id. Ibid., p. 37.

¹⁹⁰A Constituição alemã de 1949 introduziu a preocupação com os direitos fundamentais do homem – Die Grundrechte – Artikel 1 Die Würde des Menschen: “A dignidade dos homens é intocável. Cuidá-la e protegê-la é uma obrigação do poder estatal. O povo alemão processa por isso a fé nos invioláveis e inalienáveis direitos humanos como base de cada comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.” A introdução de artigos destinados a tutelar os direitos da personalidade representou uma real inovação na lei alemã. Outros países também trouxeram essa tutela para suas cartas magnas como Portugal, em sua Constituição de 1976 art. 1º e Código Civil de 1966, os EUA com o right of privacy, a Itália no art. 2º da sua Constituição Federal, a França, a Espanha em sua Constituição Federal art. 15 e seguintes, a própria Constituição Federal do Brasil trata dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa em seus artigos 1º, III ; 2º, IV; 5º, IV, V, IX, X, XI, XII. DE MATTIA, Fábio Maria. op. cit., p. 39 e 45.

¹⁹¹DE MATTIA, Fábio Maria. op. cit., p. 40-41.

Desta sorte, pode-se salientar que, na medida em que foram se desenvolvendo as ideias de valorização do ser humano, sua compreensão como centro e fundamento, foi-se desenvolvendo a teoria dos direitos da personalidade, bem como suas formas de tutela.¹⁹²

Leciona Daisy Gogliano que “os direitos da personalidade são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana, são prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico para abarcar todas as formas de expressão do direito, assegurada pelos meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade. Demonstram-se estes ainda, como aspectos individualíssimos da pessoa humana, suas emanções e desdobramentos decorrem da necessidade da preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psicossocial”.¹⁹³

Limongi França aduz que são três os campos básicos nos quais incidem as relações jurídicas: a própria pessoa, a pessoa ampliada na família e o mundo exterior, vale dizer, os bens patrimoniais. Desta sorte, define como bens da personalidade os diversos aspectos que envolvem a pessoa natural, bem como seus prolongamentos e projeções.

Aduz ainda que, a despeito do asseverado por Adriano de Cupis, “direitos da personalidade são tão somente aqueles concedidos pelo ordenamento, ou seja, são de natureza positiva”, existem além dos direitos privados da personalidade definidos em lei, outros reconhecidos pelos costumes e pelo direito científico.¹⁹⁴

Classifica os direitos da personalidade, corporificando os bens que possuem proteção legal de acordo com os aspectos determinados da personalidade a que se referem: direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral. Este último abrange o direito à liberdade civil, política e religiosa, à honra, ao recato, ao segredo pessoal, doméstico e profissional, à imagem, e o direito à identidade pessoal, familiar e social, objeto precípuo do estudo em tela.¹⁹⁵

Muito extenso é o rol dos bens da personalidade que estão diretamente relacionados à gênese do ser humano e sua inserção no universo familiar, distinguindo-o dos demais concidadãos e outorgando-lhes prerrogativas inerentes a esse status familiar, principalmente após a grande evolução científica que passou o século XX e que vem passando o século XXI.

¹⁹²GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. op. cit., p. 19.

¹⁹³GOGLIANO, Daisy. op. cit., p. 404.

¹⁹⁴FRANÇA, Rubens Limongi. op. cit., p. 5 e 7; DE CUPIS, Adriano. op. cit., p. 15.

¹⁹⁵FRANÇA, Rubens Limongi. op. cit., p. 9-10.

Podemos destacar, dentre estes, o direito à identidade pessoal, que abrange o nome, e sua poderosa função identificadora da qual se destaca importante interesse social, os sinais da personalidade, constituindo-se este, como concebe Raymon Lindon, num direito que pertence ao mesmo tempo aos direitos da personalidade a ao direito de família; *a verdade* como concebe Walter Moraes, que na concepção de Sessarego atingiu o seu apogeu no período entre guerras, e redescobriu o homem como um ser livre, dotado de intrínseca dignidade, e com plena liberdade de ser ele mesmo, vivenciando suas íntimas emoções“ que confere um contato direto com o interior do ser”.

Sua identidade forma-se a partir de uma determinada concepção de mundo e constitui-se num complexo de elementos, numa pluralidade de aspectos somáticos, psicológicos, sociais, interrelacionados entre si, que individualizam o ser humano, valorizando as imanações de sua personalidade.¹⁹⁶

Como retrata Santoro-Passarelli, o nome é um meio poderoso de identificação da pessoa natural, atribuído ao homem em virtude da lei, e que confere-lhe também uma forma de proteção fundada em razões familiares.¹⁹⁷

Para Javier López-Galiacho Perona, comprovada é a importância da construção jurídica do direito à sexualidade e à identidade sexual, como expressão da identidade pessoal, devendo, para tanto, destacar-se como um direito da personalidade, em estreita conexão com outros direitos de mesma natureza, como o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade humana, o direito à saúde, à intimidade, à honra, ao sigilo e à proteção da integridade física e moral.

Ressalta, ainda, que a inclusão do direito à identidade sexual no âmbito dos direitos da personalidade teve origem na jurisprudência e na doutrina italiana.¹⁹⁸

Encontra guarida nesse sentido a exteriorização da homossexualidade como um direito personalíssimo com desmembramentos de ordem social, econômica, política e com reflexos no direito de família, uma vez que a Carta Constitucional veda a discriminação por orientação sexual em seu artigo 3º, IV; mas o preconceito, o medo, o próprio

¹⁹⁶MORAES, Walter. Direito da personalidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 26, p. 32; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 1-5, 15; NONATO, Orozimbo. Personalidade. In: REPERTÓRIO Enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.] v. 32, p. 77-78; LINDON, Raymond. *Les droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1974. p. 5-6.

¹⁹⁷SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1954. p. 35.

¹⁹⁸LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998. p. 110-111.

desconhecimento e a intolerância vêm impedindo que estes formem relações afetivas viáveis e protegidas por lei.

Isto também se aplica aos casos diagnosticados de transexualidade, onde vem comprovada a importância do fator psicológico na determinação do sexo do indivíduo, devendo para tanto ser reconhecido ao transexual o direito à identidade sexual e, conseqüentemente, registral. Desta sorte, embora muitas vezes eivada de contradições conjecturais, as decisões concernentes às alterações de assento de nascimento são recentes no universo jurídico, o que em muito prejudica a reinserção social do transexual operado, além dos inúmeros conflitos, nem sempre bem resolvidos, quanto à alteração de seu sexo registral, o que criam-lhe barreiras para a formação familiar, conflitos estes que vêm sendo em sua maioria resolvidos com base na jurisprudência, por falta de uma legislação atinente ao tema.

Assim, entendemos com Adriano De Cupis que em cada momento histórico, em cada ambiente social, existem particularidades sobre a essencialidade dos direitos da personalidade: “mudando a consciência moral, muda-se a forma de reconhecer a posição do indivíduo no seio da sociedade, assim como altera-se o direito concebido como essencial à personalidade, até chegar-se a tal ponto que o atributo dessa essencialidade assumam um integral valor jurídico positivo, garantindo segurança, respeito aos direitos em geral da pessoa humana”.¹⁹⁹

De grande importância na literatura médica e jurídica são também os casos de diagnosticada intersexualidade, onde a ambiguidade que a caracteriza gera inúmeros conflitos de ordem pessoal, social e jurídica, levando muitas vezes a conflitos para a determinação da identidade sexual do paciente.

Nesse sentido vemos que a autodeterminação sexual do indivíduo, embora direito personalíssimo, singra mares de desconhecimento, preconceito, intolerância. Como relata Alexandre Miceli Alcântara de Oliveira “quanto mais o indivíduo luta para afirmar a sua personalidade, mais se vê lutando contra modelos de comportamento e valores impostos, e o resultado, quando não é a sublimação absoluta da individualidade, é a relativização dos seus valores”. Aduz que a identidade está intimamente relacionada com a sexualidade, no

¹⁹⁹DE CUPIS, Adriano. op. cit., p. 19.

sentido da autoconsciência individual, ou seja, tal como entendemos, na forma como o homem se relaciona com o mundo.²⁰⁰

Nas palavras de Giselle Groeninga “a identidade pessoal é composta de três níveis inseparáveis – o individual, o grupal e o social”, e da intersecção destas advém o equilíbrio psicofísico da pessoa humana.²⁰¹

Entendemos que a identidade indica uma característica pessoal que aproxima o indivíduo de um grupo específico e o distancia de outro, representando um sentimento de pertencimento a um *locus* determinado, e que a seu turno se liga diretamente com os relacionamentos sociais e escolhas amorosas do cidadão.

O direito à integridade física abrange o direito ao próprio corpo, a integridade psicofísica, que mantém íntima relação com as questões de gênero e sexualidade, daí advindos seus consequentes reflexos na formação da família.

Em relação ao direito ao corpo, temos numa concepção filosófica amparada na ideias sartrianas de que o homem encontra no desenvolvimento de sua liberdade duas grandes limitações, a fatalidade do corpo físico- que lhe confere uma identidade própria- e a visão que se tem de si mesmo – representada pela presença dos outros na esfera da vida privada. Ambos impõem ao homem a estruturação de um ser em cuja realidade não se tem possibilidade de escolha.²⁰² Acha-se inserida aqui a problemática que atinge os indivíduos portadores de disforia de gênero, transexuais e intersexuais, cujos desdobramentos atinentes ao direito de família têm suscitado inúmeros debates e controvérsias nos últimos tempos.

O direito geral da personalidade, interpretado como direito de auto-determinação ético-existencial, projeta-se sobre as escolhas atinentes ao sentido da vida, as quais se manifestam nos direitos do corpo, bem como no direito à identidade sexual.

São direitos físicos da personalidade, o direito à integridade física, além da proteção da incolumidade e da higidez corporal, condenando-se desta forma todos os atos atentatórios a sua manutenção.

²⁰⁰ OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003. p. 1, 7 e 64.

²⁰¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: estudos em homenagem a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 657.

²⁰² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. op. cit., p. 9.

Entendemos que, ao se tratar da identificação do transexual, essa questão ganha novos contornos, não devendo a cirurgia de transgenitalização, cuja realização tem suporte na Resolução do Conselho Federal de Medicina de n.1492/97, ser encarada como um ato mutilatório do corpo humano, mas de inserção, de auto-determinação do ser humano, um direito à identidade corporal, amparado no direito à saúde – tanto física quanto mental-, tendo em vista a complexa realidade do transexual e a consequente análise da essência do corpo humano, sua natureza e sua função, nos termos do artigo 13 do Código Civil brasileiro(a problemática relativa aos estados intersexuais será mais detalhadamente analisada em capítulo próprio).

Como preleciona Rabindranath Capelo de Sousa, o homem representa uma unidade onde todos os seus componentes se interpenetram e completam, sendo a integridade física tutelada, e, portanto, considerada inviolável pela lei. É entretanto a realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma, recebendo proteção toda a composição físico-somática-psíquica do homem, bem como as relações fisiológicas decorrentes.

Assim, o direito de autodeterminação sexual do indivíduo relaciona-se com a sua especificidade física e moral, sua individualidade, aliado ao direito à diferença, tendo em vista peculiaridades próprias estabelecidas desde as intrínsecas características biológicas até o estabelecimento de estilos de vida ou padrões de comportamento não predominantes.²⁰³

Representando, ainda, na concepção de Santoro-Passarelli, não obstante a defesa da integridade física do cidadão, representam os direitos sobre o próprio corpo uma manifestação da liberdade individual.²⁰⁴

O direito à intimidade, que reflete o direito de inserção social, política e familiar do ser humano, respeitadas as peculiaridades de cada um, suas necessidades e potencialidades, valorizadas pelos princípios constitucionais, amparadas na cultura de cada povo e no momento histórico em que se vive.

O direito à identidade sexual encontra-se intimamente ligado à intimidade pessoal e à própria imagem individual, que favorece a inserção do indivíduo na sociedade, no mercado de trabalho, possibilitando o pleno desenrolar de sua personalidade e, consequentemente, o desenvolvimento da própria sociedade.

²⁰³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capello de. op. cit., p. 116, 211-214.

²⁰⁴ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. op. cit., p. 35.

O direito à identidade sexual como expressão do direito à intimidade vem reconhecido expressamente por inúmeras decisões do Tribunal Europeu de Direito Humanos.²⁰⁵

Nas palavras de Sessarego, “regulam-se em completa intersubjetividade a vida humana social, as normas como regras de convivência e os valores como critérios de regulação da vida em sociedade. A vida humana social é sem dúvida o elemento primordial da questão”.²⁰⁶

Aqui entendemos, na esteira do pensamento de Raymon Lindon, que se insere o direito ao esquecimento, direito da personalidade a ser outorgado nos estados intersexuais; para o jurista, “este elemento figura na definição de vida privada”, sendo um elemento desta.²⁰⁷

O direito demonstra-se como um fenômeno cultural, com larga criatividade humana, destinado a assegurar dentro da sociedade uma justa, solidária e pacífica convivência, devendo, assim, tutelar os interesses existenciais do indivíduo, garantindo-lhe um espaço de liberdade para gozar dos direitos inerentes à sua personalidade.²⁰⁸

O direito à vida, que numa dimensão bastante ampla abrange as questões relativas à concepção e descendência – a inseminação artificial, o nascimento, o planejamento familiar, ocupa-se das diversas formas de procriação – natural ou artificial, passando pelas técnicas relativas ao uso das células germinativas, do embrião, da cessão temporária de útero, à clonagem; à liberdade de concepção; à proteção do menor pela família e pela sociedade, aqui presente a possibilidade de adoção do embrião, do nascituro, da criança e

²⁰⁵ A primeira demanda pleiteada face ao TEDH envolveu um transexual alemão contra o Governo da extinta Republica Federal Alemã, que houvera denegado a retificação registral de sexo. Demanda: X c/ RFA n.6699/1974. A CDH retratou que o demandante retirou sua pretensão quando o Governo alemão fê-lo ciente de que um tribunal cantonal havia admitido seu pedido. Esse caso funcionou como leading-case e impulsionou o Governo alemão a apresentar em 1979 um projeto de lei que daria origem à futura lei sobre alteração de nome e gênero de 10 de setembro de 1980. WILL, MR – Geburt eines Menschenrechts – Geschlechtsidentität im europäischen Recht. In. Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léotin-Jean Contantinesco, p. 928 e 929, Apud. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 127-128. Caso similar passou-se com transexual feminino belga, onde o TEDH entendendo que havia violação dos artigos 3, 8 e 12 da Convenção de Roma, que lhe imputava tratamento desumano, desrespeito à vida privada e impossibilidade de contrair matrimônio. A CDH decidiu em 9.5.78, por unanimidade, pelo reconhecimento da pretensão cambial de registro em virtude de expressa previsão legal do Tratado de Roma. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 128-129.

²⁰⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. op. cit., p. 12.

²⁰⁷ LINDON, Raymond. op. cit., p. 25.

²⁰⁸ As reflexões filosóficas do século XX, prestígiam o homem colocando-o no centro do ordenamento jurídico que a seu turno demonstra-se sobretudo decorrente de uma realidade social imperativa que pressiona para a concessão de direitos fundamentais decorrentes tanto da evolução do pensamento filosófico quanto das descobertas científicas que em muito revolucionaram as relações de família, de conjugalidade de parentalidade entre outros. O direito passa assim a ser visto como uma realidade cultural.

do adolescente; a mudança de sexo; a transexualidade; a intersexualidade; a psiquê, (enquanto função fisiológica); além de muitos outros, pois este rol devido à sua amplitude e complexidade, não pode ser taxativo.

Nesse sentido, muito bem sintetizou Walter Moraes para quem “a característica mais marcante do direito da personalidade é o de versar sobre bens essenciais ao homem enquanto sujeito de direitos, no sentido de não ser possível, sem tais bens, existir ou integrar-se socialmente, desenvolvendo normalmente sua personalidade. É daí que decorre o não ser cabível privar-se alguém de um bem personalíssimo, prescindir dele ou passá-lo a outrem”.²⁰⁹

Inclui-se aqui o direito à convivência familiar e social, que goza de proteção constitucional, e é suma importância para a promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que envolve diversos direitos da personalidade, que perpassam desde o direito à vida, ao nome, ao lar, à saúde, à alimentação, ao respeito, à segurança, à liberdade, à identidade, à intimidade, ao recato, entre outros.

Nesta ótica, percebe-se que o direito à liberdade manifesta-se na formação familiar, no sentido de outorgar aos indivíduos o direito de ungar-se a determinada entidade familiar, ao planejamento da prole, o acesso às diferentes vias de filiação – natural, adotiva ou decorrente de assistência às técnicas de reprodução assistida.

Devido à grande importância que confere ao ser humano e a sua conseqüente inserção no universo familiar, político e social, bastante antiga é a preocupação sobre o tema.

À luz dos ensinamentos de Daisy Gogliano, na história, um dos primeiros textos que se tem notícia invocando os direitos da personalidade pertence à Samuel Strick e data de 4 de fevereiro de 1625, resultado da polêmica havida com Casimiro de Osten, cavaleiro da Pomerânia, que invocou à Santíssima trindade o direito divino de mudar de sexo, de doar partes do corpo, o direito à alma psíquica do ser humano, o direito à liberdade, à honra, à boa reputação.²¹⁰

A raiz da teoria dos direitos da personalidade, segundo apontam Daisy Gogliano e Walter Moraes, remonta aos pensadores da escola do direito natural que teve égide no período Iluminista e o Idealista do século XVIII. Kant fundou sua teoria e sistema jurídico

²⁰⁹MORAES, Walter. op. cit., p. 32.

²¹⁰GOGLIANO, Daisy. op. cit., p. 78.

no valor da liberdade, que para ele era um direito inato, e definiu os direitos pessoais como a posse ou o arbítrio que o homem possuía e que poderia gerar certa ação. “Concebeu o direito do homem como uma expressão real do direito pessoal”. Associava o valor fundamental da pessoa humana ao princípio da liberdade. Suas ideias influenciaram todo o pensamento filosófico seguida por Fichte, Humboldt, Hegel, Hubmann; ao lado desses filósofos situam-se os jusnaturalistas que defenderam a inclusão dos direitos da personalidade no direito, como: Hufeland, Zeiller, Gros, Rotteck, Ahrens, Röder, Leuze, Scheyhing.²¹¹

Foi entretanto através da Declaração dos Direitos do Homem advinda da Revolução francesa que os direitos da personalidade entraram para o ordenamento positivo.

Na lição de Gerard Cornu, a ideia dominante na consciência universal na atualidade é que todo ser humano necessita de liberdade e tranquilidade para que desenvolva plenamente sua personalidade; advém daí a proteção legal para esses direitos inatos. Essa preocupação tornou-se o centro do discurso político e filosófico na modernidade, inspirando a referida Declaração Universal dos Direitos do Homem, que protege a vida privada e familiar do ser humano, coibindo as ingerências cometidas em face destas.²¹²

Para Orlando Gomes “sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se, os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.”²¹³

Em face da natureza jurídica desses direitos da personalidade, Goffredo da Silva Telles Jr. definiu-os como direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a imagem, a privacidade, a autoria, entre outros. Definiu, ainda, a personalidade como o conjunto de caracteres da própria pessoa, sendo desta forma objeto de direito.²¹⁴

Sustenta Fábio De Mattia amparado por Arturo Valencia Zea que a doutrina atual considera os bens da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos. Representam o

²¹¹MORAES, Walter. op. cit., p. 36; GOGLIANO, Daisy. op. cit., p. 326.

²¹²CORNU, Gerard. *Droit civil: les personnes*. 13. éd. Paris: Ed. Montchrestien, 2007. p. 57-58.

²¹³GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 131-132.

²¹⁴TELLES JR., Goffredo da Silva. Direito subjetivo. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.], v. 28, p. 315-316.

poder volitivo de cada um sobre si mesmo, o que se traduz num dever jurídico de respeito por parte de terceiros. Aponta ainda, que “a vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre o mundo exterior (direitos patrimoniais, direitos familiares) mas também sobre a mesma realidade antropológica do ser humano. Cada qual é guia de sua vida, corpo, honra e demais atributos e energias que emanam da personalidade”.²¹⁵

À luz do pensamento de Walter Moraes, “para que a pessoa possa subsistir como sujeito de direito e desenvolver a sua vida jurídica, torna-se necessário que esteja de posse de certos bens ou valores – os bens de personalidade. São eles, entre outros, a vida, bem supremo, a liberdade, cuja ausência despersonalificaria o indivíduo, a psique, o físico, o nome, que corresponde ao modo de se individualizar a pessoa humana mesmo após a sua morte e situá-la no meio social em que vive. A personalidade em si poderia ser compreendida como o conjunto de elementos que lhe dá estrutura”.²¹⁶

Aduz Adriano De Cupis, para quem os direitos da personalidade nutrem um nexo estreitíssimo com a essência do ser humano, “a ponto de poder-se dizer orgânico”, e além disso, identificam-se com os bens de maior valor suscetíveis de domínio jurídico.²¹⁷

Entendemos que os direitos da personalidade traduzem as emanções mais íntimas da pessoa humana, possibilitando a sua autodeterminação, a elucidação dos seus valores mais íntimos, a sua maneira particular de existir, suas crenças e seus valores, sua forma de se demonstrar na sociedade em que vive. Consiste plenamente na sua própria individualidade.

À parte da definição dos direitos da personalidade, de sua classificação, de suas origens históricas, desenvolve Pinto Ferreira a temática da influência efetiva da personalidade na psique humana.

Ensina que “a personalidade é o elemento estável e permanente da conduta de uma pessoa, é a sua maneira de ser habitual, é o que a distingue de um outro ser humano, onde cada indivíduo por força de determinados caracteres biológicos e padrões culturais aos quais esteja inserido aproxima-se e distancia-se dos demais indivíduos, por força também

²¹⁵DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais, cit., p. 39-40.

²¹⁶MORAES, Walter. op. cit., p. 29.

²¹⁷DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*, cit., p. 19.

de sua experiência individual nesse mundo social, da sua constituição e do seu temperamento”.²¹⁸

São também direitos essenciais à própria pessoa, como ensinou Ravá, e inerentes à vida, como na concepção de Ráo, ou ainda, os direitos supremos do homem que lhes garantem o gozo dos seus bens pessoais como preconizou Ferrara.²¹⁹

Entendemos a personalidade como um fato natural, um conjunto de atributos inerentes à condição humana, inatos ao homem.

Para Carlos Alberto Bittar, “consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos”.²²⁰

Baseado na concepção alemã dos direitos gerais da personalidade, trouxe Rabindranath Capelo de Souza o entendimento de que esta garante o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, tanto em sua esfera individual como nas várias formas de sua manifestação, valorizando a vontade, a igualdade dos seres, a segurança, garantido o desenvolvimento pleno da sua personalidade.

Revestem-se os direitos da personalidade das seguintes características: são inatos, pois se adquirem no momento da concepção, nascem e se extinguem com o seu titular, absolutos - pois materializam seu caráter pela sua oponibilidade *erga omnes*, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los; intransmissíveis – pois não podem ser transmitidos a outrem uma vez que formam a individualidade própria de cada um; indisponíveis; irrenunciáveis; imprescritíveis; impenhoráveis; inexpropriáveis; ilimitados – pois em face das últimas conquistas biotecnológicas não se tem como enumerar taxativamente quais direitos da personalidade são tipificados em norma e inestimáveis – o que vale dizer que eles não têm um equivalente em dinheiro, são bens não patrimoniais, o que gera, no entender de San Tiago

²¹⁸ FERREIRA, Pinto. Personalidade I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 58, p. 208.

²¹⁹ MORAES, Walter. op. cit., p. 29.

²²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 1.

Dantas, um dos problemas mais delicados da técnica jurídica, qual seja, o da reparação das lesões sofridas pelos direitos da personalidade.²²¹

Destas intrínsecas características afluem consequências inestimáveis ao direito de família, passando pela própria individualização da pessoa natural, o respeito às suas preferências volitivas, suas necessidades e potencialidades, o direito à intimidade, ao recato individual e familiar, à saúde, ao equilíbrio psicofísico, entre outros, passando pela aquisição do nome, a determinação do seu estado pessoal, a aquisição da cidadania, o respeito à identidade de gênero e os consequentes desmembramentos na composição familiar, o direito à parentalidade, à biparentalidade e as consequências patrimoniais, sucessórias, assistenciais decorrentes, a possibilidade de adoção, gestação, natural e substituta, entre outros, observadas na atualidade na função social da família.

1.6. O estado familiar

A pessoa, na concepção de Santoro-Passarelli é todo sujeito de direito, e seu estado jurídico representa a soma dos seus direitos e deveres, uma esfera de sua capacidade, que o liga a um determinado grupo político ou familiar.²²²

Assim considerado, tem-se que a identificação da pessoa natural se dá pelo nome – que a situa e individualiza na sociedade; pelo estado – que determina o seu modo particular de existir, define sua situação jurídica na sociedade política e na família; pelo domicílio – que representa a sede jurídica da pessoa, o local onde ela se presume presente para efeitos de direito e pela carga genética – que forma estruturalmente os seres vivos, individualizando-os uns dos outros e garantindo a hereditariedade dos seres.

Estado é a soma das qualificações da pessoa na sociedade, hábeis para produzir efeitos jurídicos. Indica seu modo particular de existir.

Segundo Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, “é o modo de ser em virtude do qual se tornavam os homens suscetíveis de direitos na sociedade civil”.

²²¹DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 194-195; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 119-120 e MORAES, Walter. op. cit., p. 33; BORDA, Guillermo A. *Derecho civil: parte general*, cit., p. 239.

²²²SANTORO-PASSARELLI, Francesco. op. cit., p. 7-8.

Em Roma, o *status* apresentava-se sob três aspectos distintos: *status libertatis*, *status civitatis e status familiae*, sendo que a personalidade natural só atingia a plenitude quando reunia os três elementos.²²³

No direito civil moderno sobreviveram apenas os dois derradeiros estados, nacionalidade e família, pois são atualmente as pessoas igualmente livres, capazes de direitos e obrigações. Assim, lecionam que apresenta o estado três aspectos constitutivos: o individual ou físico, o familiar e o político.

O estado individual corresponde ao modo de ser da pessoa quanto ao aspecto de sua constituição orgânica: sua idade, sexo, cor, altura, saúde mental e física, aspectos estes que exercem decisiva influência sobre a capacidade civil.

Pode-se incluir, entre estes, a identidade genética do ser humano, grande expressão de identidade individual com grandes repercussões em matéria de direito de família, abrangendo o direito ao nome, à filiação, à sucessão, à patrimonialidade, à parentalidade e parentesco, com reflexos quanto aos impedimentos matrimoniais.

De uma forma geral, os genes controlam a hereditariedade, a passagem dos caracteres de pai para filho e também controlam a função da célula determinando as substâncias que serão utilizadas no seu interior. Importante é a influência dos elementos genéticos para a identidade da pessoa humana.

O estado familiar indica a posição ocupada pela pessoa no seio da família, sendo que todo indivíduo se encontra inserido em alguma modalidade de família em virtude de vínculo relacional ou de afinidade, afetivo ou parental que apresente. Sob esse aspecto, o estado distingue as pessoas entre casadas, conviventes, viúvas, solteiras, separadas judicialmente e divorciadas, parentes consanguíneos ou afins.

O Estado político é a qualidade política que advém da posição do indivíduo na sociedade política, podendo ser nacional, nato ou naturalizado e estrangeiro. Regula-se por normas de ordem pública, que não podem ser alteradas pela vontade das partes.²²⁴

Representa, outrossim, um atributo da personalidade, que identifica o indivíduo no seio da coletividade em face de suas características próprias.²²⁵

²²³ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. op. cit., p. 88.

²²⁴ Id. Ibid., p. 89.

²²⁵ BOSSERT, Gustavo A; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 25.

Sintetiza Baudry-La Cantinerie que o estado é a forma mais contundente de se determinar a individualidade. Apresenta-se bastante complexo, pois abrange as relações que o homem tem com seu entorno, os agrupamentos que forma, como a nação e a família, assim como determina a sua própria situação física.²²⁶

Como aduz Massimo Bianca, “ o estado familiar é pressuposto e título de uma pluralidade de direitos, deveres e poderes oriundos do ingresso da pessoa na família nuclear”.²²⁷

Como aduz Jorge Alberto Casas Altas Duarte Pinheiro, “o status de cônjuge é um estado paradigmático. Condiciona a capacidade: quem está casado não pode casar. Embora o *status* conjugal não derive da repercussão que tem sobre a capacidade do indivíduo, avultam-lhe efeitos sobre a titularidade e legitimidade dos deveres conjugais”.²²⁸

Decorrem diretamente do *status* familiar que o indivíduo apresenta no seio da família a qual se integra. Daí advêm as inúmeras solicitações feitas por parceiros do mesmo sexo para o reconhecimento de seu estado familiar, já efetivado em alguns países do mundo, e que apresenta diversos conflitos de âmbito interno e no plano internacional.

Na concepção de Alpa, status é um instrumento jurídico que distingue as pessoas na sociedade, englobando todas as situações que fixam com exatidão a íntima relação entre o indivíduo e a comunidade a qual pertence.²²⁹

Para Walter Moraes, o estado de família faz parte dos direitos que integram a personalidade jurídica do homem, pertencendo também à categoria dos direitos subjetivos, ao lado da liberdade, da imagem, da privacidade e da identidade, tanto que o Código Civil no seu artigo 1525, IV, requer para a habilitação ao casamento a declaração do seu estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos.²³⁰

Assim, segundo Maria Helena Diniz, “diante da grande importância do estado individual e familiar da pessoa natural, o artigo 9º do Código Civil requer a inscrição em

²²⁶BAUDRY-LA CANTINERIE, G; HOUQUES-FOURCADE, M. *Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes*. 10ème ed. Paris: Librairie de la Société au Recueil Gal. des Lois et des Arrêtes, 1902. t. 1, p. 315.

²²⁷BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2, p. 13.

²²⁸PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 495.

²²⁹ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993. p. 3-4, 21.

²³⁰MORAES, Walter. op. cit., p. 32.

registro público de nascimento, óbito, emancipação, interdição, sentença declaratória de ausência, e de morte presumida, e o artigo 10 do mesmo Diploma exige a averbação em registro público das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal; dos atos judiciais que declararem ou reconhecerem a filiação e dos atos judiciais ou extra judiciais de adoção.²³¹

Pondera ainda Silvio Venosa que “o estado de família é um dos atributos da personalidade da pessoa natural, que é conferido às pessoas através do vínculo que une uma pessoa à outra: casado, solteiro, viúvo, separado judicialmente, divorciado ou ainda sob o aspecto negativo: ausência de vínculo familiar, filho de pais desconhecidos”. Destes advêm inúmeros direitos e deveres com reflexos nos diversos ramos do direito e no existir do ser humano.²³²

Como leciona Maria Berenice Dias, na ideia de família está contido o parentesco mais importante: a filiação, que pode ser natural, mesmo que advinda das modernas técnicas de reprodução assistida que ensejou a desbiologização da parentalidade; civil, decorrente da adoção; ou socioafetivo, que impôs o alargamento do conceito e filiação, tal como disposto no artigo 1593 do Código Civil “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”, gerando o que se determina posse do estado de filho.²³³

Uma questão jurídica pode ser suscitada no tocante à individualização da pessoa natural e seu estado de família: a questão da inseminação artificial heteróloga, que vem conflitar as relações de parentesco. Ainda sem solução determinada, cabe à moral dar a solução para semelhante impasse, pois muita discussão vem sendo suscitada no tocante à paternidade e mesmo à maternidade em face dessa modalidade de reprodução assistida.

Sob o enfoque do aspecto negativo do estado familiar, encontramos elencada uma situação muito particular que exime o estado de filiação, bem indisponível da personalidade: “L’ accouchement sous X”. A legislação francesa, como bem trata JC Champagnat, permite à mulher dar à luz conservando o seu anonimato, aqui denominado parto incógnito. Este procedimento, entretanto, coloca em choque dois direitos personalíssimos: o da mãe, de restar incógnita e o do filho, de ter acesso à sua origem

²³¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 1, p. 192-193.

²³²VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 160-161.

²³³DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 310-320.

biológica, ficando a seu critério exclusivo deixar ou não informações sobre a origem biológica do recém-nascido, caso um dia ele queira buscá-la.²³⁴

Por ocasião do seu nascimento receberá o pequeno três prenomes, um dos quais será adotado de ofício quando da adoção do novo ser, cujo estado de ausência de filiação, abandono, perdurará, segundo pelo prazo máximo de dois meses, visando o legislador com essa medida esperar pelo “arrependimento” da mãe biológica. Decorrido esse prazo, será o menor encaminhado à adoção.

Em 10 de janeiro de 2002, foi promulgada na França uma nova lei relativa ao acesso às origens pessoais de todos os adotados e beneficiários da proteção do Estado. Essa lei visou conciliar os interesses e os direitos personalíssimos da mãe de dar à luz incógnita e do menor de ter acesso às suas origens. A lei em questão originou uma nova instância normativa: a criação do “Conseil National pour L'accès aux Origines Personelles”, encarregado de facilitar o acesso às origens biológicas de todos aqueles que assim o desejarem, sendo por sua vez, responsáveis pela busca das origens biológicas, do recolhimento das declarações da mãe sobre seus dados pessoais, bem como agilizar a propositura das demandas pelos filhos sobre seus verdadeiros pais biológicos.

Passando a ser obrigatório em território francês a plena identificação de cada gestante, pronunciando-se a lei, por seu turno, favoravelmente sobre a divulgação desses dados a qualquer momento se o descendente assim o desejar. Com esse texto legal de 10.1.2002, a França coloca-se em conformidade com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989.

Tem-se a situação na França de que 560 crianças para cada 10 000 nascimentos foram geradas incognitadamente em 2000, acreditando-se que em duas décadas aproximadamente 400 000 pessoas não conhecerão sua origens.

No Brasil, tendo em vista o grave problema social que apresenta, defende-se a implementação da Lei sobre o parto anônimo, possibilitando à gestante o sigilo que deseja durante a gestação e entregando a criança à guarda do Estado para ser encaminhada à adoção.

O Projeto de lei de n.3320/08 é de autoria do Dep.Sérgio Barradas Carneiro (PT BA).

²³⁴CHAMPAGNAT, J. C. L'accouchement sous x. 2002. *Les Droits de L'Enfant*. Disponível em: <www.Droitsenfant.com/accouchement.htm>.

Com a regulamentação do parto anônimo, as mães interessadas poderiam deixar os bebês nos hospitais ou postos de saúde para a adoção, sem ter de registrar a criança em seu nome e sem precisar se identificar. A adoção seria menos burocrática sem a necessidade de fazer a destituição do poder familiar.

Assim como outras gestantes, a mulher que optasse pelo parto anônimo teria direito a pré-natal e a parto na rede pública e seria acompanhada por psicólogos durante a gravidez e depois do nascimento do bebê. Pelo anteprojeto, o hospital poderia pedir que a mãe fornecesse seu nome e informações sobre sua saúde, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento. Esses dados só poderiam ser informados com autorização judicial.

O filho só teria acesso às informações genéticas e da saúde dos pais. O nome seria mantido em sigilo.

Entendemos que negar-se-ia ao filho o direito ao acesso à sua identidade genética, chocando-se, assim, com o princípio da dignidade humana, o direito à vida e o livre desenvolvimento individual.

O parto anônimo não é novo na realidade do Brasil, onde foi introduzido desde meados do século XVIII nos conventos que trouxeram da Europa a ideia da "roda dos expostos ou dos enjeitados". Na época, as crianças rejeitadas eram colocadas nessas rodas e ficavam sob os cuidados dos conventos e das Santas Casas. Assim como no projeto, as mães permaneciam anônimas. Na Áustria, França (onde foi julgado constitucional), Itália, Bélgica, Luxemburgo e Estados Unidos (adotado em 28 dos 50 Estados) é considerado legal.²³⁵

Em matéria de filiação, aduz Maria Berenice Dias, que este decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano da família.

O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência é um direito fundamental, individual, personalíssimo, mas que não enseja necessariamente direito à filiação e “seu exercício não significa inserção em relação de família”.

A verdade biológica, com grande margem de certeza, indica um liame biológico entre duas pessoas, mas difere da filiação, pois como retrata que “a posse do estado de filho não se estabelece com o nascimento, mas se firma num ato de vontade, sedimentado

²³⁵Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias¬icias=2169>>.

na afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica, quanto a certeza científica no estabelecimento da filiação”.²³⁶

Retrata, ainda, que a filiação dá-se pela origem biológica, registral, medicalmente assistida ou socioafetiva, modalidade de parentesco civil “de outra origem” ao lado da adoção, conforme dispõe o artigo 1593 do Código Civil.

Pela importância que possui quanto à identificação da pessoa natural, apresenta o estado as características de: universalidade, o estado de família abarca todas as relações jurídicas familiares; unidade - não mais se distinguindo os parentes entre legítimos e ilegítimos; indivisibilidade, pois ninguém pode ser ao mesmo tempo casado e solteiro, maior ou menor, ostentando o mesmo estado de família *erga omnes*; oponível a terceiros; uno e indivisível é regulado por normas de ordem pública; indisponibilidade - essa característica não impede, porém, que haja alterações no estado individual de uma pessoa diante de fatos determinados e se preenchidos os requisitos legais. O solteiro pode passar a ser casado, o casado pode ficar viúvo ou divorciar-se; imprescritibilidade - pois não se perde nem se adquire o estado pela prescrição. Este é um elemento integrante da personalidade e, assim sendo, nasce com a pessoa e com ela desaparece quando da sua morte; irrenunciabilidade - pois ninguém pode vender ou renunciar ao seu estado de filho, que além da origem biológica ou legal, é um construído fincado na aceitação e na afetividade.²³⁷

O estado civil recebe proteção jurídica de ações do estado, que visam criar, modificar ou extinguir um estado determinado, constituindo um novo, sendo, desta forma, personalíssima, intransmissível e imprescritível, requerendo sempre intervenção estatal, sendo alguns de seus exemplos mais significativos a interdição, a separação judicial, o divórcio, a anulação de casamento.

No direito moderno, visando adaptar o conceito de estado às novas realidades sociais, a escola do direito natural racionalista, principalmente Conrad, Koeliseus e Puffendorf, elaborou uma nova divisão dos estados da personalidade, onde, ao lado do *status civitatis* e do *status naturalis*, vem o sexo considerado um *status*, um estado natural do homem; concepção esta que foi prontamente rechaçada pela doutrina, no sentido exato

²³⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 326.

²³⁷DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 1, p. 212; BOSSERT, Gustavo A; ZANNONI, Eduardo A. op. cit., p. 25-26.

de que ninguém poderia ter sua origem fundada na própria natureza e sim na própria lei. O sexo passaria então a ser considerado como uma condição modificadora da capacidade.

No direito francês, o princípio da igualdade entre os dois sexos, firmado pela própria Constituição, não impede que existam mínimas diferenças entre o homem e a mulher, em face da lei, o que tem suficiente relevância jurídica para continuar considerando-se o sexo um estado civil. Para Carbonnier, “somente em uma visão delirante de igualdade poder-se-ia imaginar em excluí-lo”.²³⁸

A doutrina e a jurisprudência italianas, consideram o estado civil como o conjunto de circunstâncias da pessoa que modificam sua capacidade e incluem o sexo como parte integrante da capacidade civil.²³⁹

Ao lado do estado individual, o *status familiae* apresenta-se como importantíssimo agente de identificação da pessoa natural. Na visão contemporânea do homem como detentor de direitos inatos, protegidos pela legislação pátria dos diversos países e pelos tratados internacionais ratificados, temos a questão de gênero, na pauta do dia para o estabelecimento de novas relações identificadoras destes, assim como o estabelecimento de novos vínculos familiares com sofisticados desdobramentos para as questões relativas à filiação (biológica ou artificial), ao acesso ao patrimônio familiar, à obtenção de nacionalidade ou visto de permanência nos diversos países da comunidade internacional, à possibilidade de acesso ao nome de família.

²³⁸CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille: les incapacités*. 13. ed. Paris: Puf, 1980. p. 345.

²³⁹CARNELLUTTI, F. *Rettificazione del sesso*: comentario a la sentencia de la Corte D'Apelo di Bari, mar. 1962.

2. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

O tema direitos humanos merece uma reflexão detalhada, uma vez que podem ser compreendidos como direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem distinção de raça, cor ou nacionalidade. A historiografia contemporânea vem demonstrando que mesmo em países signatários de documentos internacionais à semelhança da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela ONU em 1948, não tem havido uma redução na violação dos direitos humanos. O problema fundamental desses direitos está em sua concretização, que se faz a partir de uma democracia substancial consolidada.

2.1. Breve histórico dos direitos humanos

Data da Antiguidade a ideia de que o homem era detentor de direitos ínsitos, inerentes à sua personalidade. Rudimentos a esse respeito já podiam ser encontrados no Código de Hammurabi (século XX aC) e no Código de Manu (séc XIII aC).²⁴⁰

Como bem retratou Fábio Konder Comparato, “a convicção de que todos os seres têm direitos a serem igualmente respeitados, pela sua humanidade, nasce com a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem uma sociedade organizada”. Traduz o professor as etapas que compuseram a evolução conceitual da pessoa, a saber:

Na Grécia antiga, a preeminência da lei escrita tornou-se fundamento da sociedade política. Sua autoridade ou força moral suplantava a autonomia do indivíduo, grupo ou classe social. Funcionava como um antídoto contra o arbítrio governamental, embora se conhecesse, no período, a lei não escrita, que designava o costume juridicamente relevante, ou de cunho religioso que não se prestava a ser promulgada no território exclusivo de uma só nação.

A igualdade primordial dos homens situava-se entre a essência do ser humano, o papel que este desempenhava na sociedade, o que os estoicos denominaram substância.²⁴¹

²⁴⁰GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*, cit., p. 12-15.

²⁴¹COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11-16. Forma de designar o ser humano distinta de sua natureza corpórea ou papel que desempenha na sociedade.

O Cristianismo também desempenhou um papel fundamental para a definição do homem -Santíssima Trindade-, a mensagem evangélica postulava, no plano divino, uma igualdade entre todos os seres humanos, apesar de suas intrínsecas diferenças individuais e grupais.

A segunda fase na história da elaboração do conceito de pessoa, inaugurou-se com Boécio, no século VI, e a definia como um composto de substância espiritual e corporal.

Foi advinda dessa concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio de igualdade essencial entre os seres humanos, apesar de suas diferenças. Essa igualdade de essência da pessoa formou o núcleo de conceito universal de direitos humanos: direitos comuns a toda a espécie humana, resultante de sua própria natureza.

Desse fundamento de igualdade os canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam força jurídica.

A terceira fase da elaboração teórica do conceito de pessoa como sujeito de direitos universais, adveio com a filosofia Kantiana, que preleciona que a dignidade da pessoa não é advinda pura e simplesmente de sua essência, mas de sua racionalidade, sua autonomia pessoal. (A concepção kantiana de dignidade leva à condenação de muitas práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa-escravidão, atentados, entre outros).²⁴²

A quarta fase, na lição de Comparato, situa-se no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige sua vida em função de suas preferências valorativas.

A quinta e última fase abriu-se no século XX, com a filosofia de vida e o pensamento existencialista, que reage contra a despersonalização do homem no mundo contemporâneo, reflexo da mecanização e da burocratização da vida.²⁴³

No período histórico marcado pela modernidade, que abrangeu as grandes descobertas geográficas dos séculos XV e XVI, e que culminou na expansão da civilização européia (e de maneira geral, da civilização ocidental) sobre o resto do mundo, contribuiu para a formação do *corpus* jurídico-filosófico dos direitos do homem. Estes foram desde o início intimamente relacionados com o processo que fez da história da Europa a história do mundo.

²⁴²No século XX a criação do universo concentracionário veio demonstrar tragicamente a veracidade da concepção de Kant: os *gulags* soviéticos e os campos de concentração foram gigantescas máquinas de despersonalização humana, despojando o homem de sua liberdade e seus haveres, esvaziando o seu ser de sua intrínseca personalidade.

²⁴³COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 20-27.

A característica mais marcante deste processo foi o seu caráter complexo, ambíguo, dualista, ao mesmo tempo de emancipação e opressão, de inclusão e de exclusão, eurocêntrico, cosmopolita, universal e particular.

Para Miguel Reale, a pessoa humana é a medida do valor referencial das ideologias e cujo processo ideológico coincide com o dos chamados direitos humanos, cujas políticas estatais a serem adotadas devem possibilitar a realização concomitante do bem individual e do bem comum. O valor da pessoa humana representa o valor-fonte dos quais emanam os outros valores.²⁴⁴

Nesse sentido, pode-se destacar que a inclusão histórica dos direitos do homem obedeceu à seguinte trajetória: iniciaram com a Magna Carta da Inglaterra do século XIII, que vem sendo apontada como a precursora das futuras declarações de direitos humanos. Muito embora não constitua uma afirmação universal de direitos humanos, o referido documento teve o mérito de restringir o poder absoluto do monarca, consagrando os direitos dos barões e dos prelados ingleses; passando pela Revolução Gloriosa Inglesa do século XVII, até a Revolução Americana e Francesa do século XVIII, para concluir finalmente com a Declaração Universal das Nações Unidas do século XX.²⁴⁵

Não obstante o fato de a Inglaterra ter dado o impulso inicial, foi na América do Norte que surgiu a primeira Declaração de Direitos, em 12 de janeiro de 1776, cuja cláusula primeira proclamava: “todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes”; em seguida, a Assembleia Nacional Francesa aprovou em 26 de agosto de 1789 sua “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, inspirada nos ideais iluministas e humanistas, proclamava a igualdade dos homens, a liberdade individual e o direito de resistência à opressão. Abalou as estruturas do absolutismo europeu, refletindo-se nos movimentos revolucionários que abalaram o mundo no século XIX.²⁴⁶

Para Fábio Konder Comparato, “a convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce

²⁴⁴ REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, cit., p. 100.

²⁴⁵ TOSI, Giuseppe. *História e atualidade dos direitos humanos*. p. 1. Disponível em: <www.espdh.hpg.ig.com.br/texto1.htm>.

²⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11, 19-21.

vinculada à lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada”.²⁴⁷

A Europa e o Ocidente aparecem, como o espaço onde progressivamente, ainda que com contradições, se forja a emancipação do homem, que é posteriormente estendida a toda a humanidade como modelo a ser seguido.

Desta sorte, na constituição da doutrina dos direitos do homem podemos destacar a confluência de várias correntes de pensamento e de ação, entre as quais as principais são o liberalismo, o socialismo e o cristianismo social.

Preleciona Norberto Bobbio “que a doutrina dos direitos humanos seja uma aquisição da modernidade e especificamente do pensamento liberal é uma opinião amplamente difusa e que faz parte da imagem que o Ocidente tem de si e que projeta sobre o resto do mundo”. Representa, a seu turno, o processo histórico da afirmação de um valor, a dignidade da pessoa humana, cujo maior desafio, entende ser, no limiar do século XX, não mais a determinação de sua classificação, natureza ou fundamento, mas sim os mecanismos de tutela para sua efetiva garantia.²⁴⁸

Necessária se faz a presença concomitante de direitos do homem, democracia e paz, para que flua a coexistência pacífica da humanidade na sociedade contemporânea.²⁴⁹

Para Bobbio, portanto, “os direitos humanos são um construído jurídico historicamente voltado para o aprimoramento político da convivência coletiva”, como bem retratou Celso Lafer.

Giuseppe Tosi aponta como modelo jusnaturalista as seguintes características: o individualismo, que impõe que os homens gozem de direitos naturais inatos, tais como o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, entre outros; o estado de natureza: estado de guerra (Hobbes), de paz (Locke) ou de liberdade plena (Rousseau); o contrato social, compreendido como um pacto artificial celebrado entre indivíduos livres para a formação da sociedade civil onde todos se tornam súditos visando o bem comum e o

²⁴⁷COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 12. Ressalta também o autor, que na Grécia antiga, ao lado da lei escrita, a lei não escrita tinha também vital importância. Essa noção ambígua designava o costume juridicamente relevante de cunho religioso.

²⁴⁸BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Ed. Campus, 1992. p. 45.

²⁴⁹Id. Ibid., p. 1.

Estado, que nasce da livre associação dos indivíduos para garantir a efetivação dos direitos individuais inatos.²⁵⁰

As etapas que caracterizam os processos de afirmação dos direitos humanos são, segundo a lição de Norberto Bobbio: a positivação (transfere a aspiração em positivação e permite a tutela jurídica da dignidade da pessoa humana), a generalização (trata da igualdade e da não discriminação), a internacionalização (direito cosmopolita) e a especificação (caracterização dos seres humanos em suas características próprias).²⁵¹

Tais doutrinas surgiram nos séculos XVII e XVIII, no período de ascensão da burguesia que reivindicava maior liberdade de ação e representação política frente à nobreza e ao clero. Consistiram numa justificativa ideológica para os movimentos revolucionários que levaria à dissolução do mundo feudal e à formação do mundo moderno. O jusnaturalismo moderno, sobretudo através dos iluministas, teve grande influência sobre as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII:

- A Declaração de direitos (Bill of Rights) de 1668, da assim chamada Revolução Gloriosa, que concluiu o período da revolução inglesa, iniciado em 1640, levando à formação de uma monarquia parlamentar;
- A Declaração de Direitos (Bill of Rights) do Estado de Virgínia de 1777, foi a base da declaração de independência dos Estados Unidos;
- A Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão da Revolução francesa de 1789, que aboliu o *Ancien Régime* e abriu caminho para a proclamação da República.

Os direitos da tradição liberal têm seu núcleo central nos direitos de liberdade. O Estado limita-se à garantia dos direitos individuais através da lei, sem intervir diretamente na sua promoção. Assim, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão propagando a igualdade destes perante a lei, consagrou uma nova era do pensamento preconizando os ideais de valorização do indivíduo, introduzindo no pensamento jurídico os direitos da personalidade.²⁵²

²⁵⁰TOSI, Giuseppe. op. cit., p. 2; DE MATTIA, Fábio Maria. op. cit., p. 35.

²⁵¹LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005. p. 8.

²⁵²MORAES, Walter. op. cit., p. 36.

Os movimentos revolucionários de 1848 constituíram um acontecimento chave na história dos direitos humanos, porque conseguem que, pela primeira vez, o conceito de direitos sociais seja acolhido pela Constituição francesa, ainda que de forma incipiente.

Na luta contra o absolutismo, o liberalismo fincava a questão central na garantia das liberdades individuais contra a intervenção do Estado nos assuntos particulares. Agora, *contrario senso*, tratava-se de obrigar o estado a fornecer os subsídios necessários para a promoção do bem-estar social (diminuindo as diferenças econômicas e sociais).

Esse movimento, que marca as lutas operárias e populares dos séculos XIX e XX, tomará um grande impulso com as revoluções socialistas do século XX e com as experiências social-democratas ocorridas na Europa. De fato, através das lutas do movimento operário e popular, os direitos sociais, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, começaram a ser introduzidas nas Cartas constitucionais e postas em prática, criando o chamado “Welfare State” nos países capitalistas e garantindo uma série de conquistas econômicas nos países socialistas.

Também a Igreja Católica teve grande influência na história conceitual dos direitos humanos. A mensagem bíblica contém um forte chamamento à fraternidade universal. Ao homem é reconhecido um lugar especial no universo e possui também uma intrínseca dignidade, pois foi criado à imagem e semelhança de Deus.

A Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII em 1894, deu início à chamada “doutrina social da Igreja”. Com ela, a Igreja Católica procura inserir-se de maneira autônoma entre o socialismo e o capitalismo propondo uma via própria inspirada nos ideais cristãos. Mais recentemente, o Papa João Paulo II, na sua Encíclica *Redemptor Hominis*, reconheceu o papel das Nações Unidas na defesa dos “objetivos e invioláveis direitos do homem”, engajando-se, assim, a Igreja no movimento mundial pela promoção e tutela dos direitos humanos.²⁵³

Quando, após a experiência terrível das duas guerras mundiais, os líderes políticos das grandes potências vencedoras criaram em 26.6.1945, em São Francisco, a ONU e conferiram-lhe a tarefa de evitar uma terceira guerra mundial e promover a paz entre as nações, consideraram que a promoção dos direitos naturais do homem era a condição principal para a obtenção de uma paz duradoura. Por isso, um dos primeiros atos da

²⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 41-45; RANGEL, Vicente Marota. *Direito e relações internacionais*, cit., p. 436-444.

Assembleia Geral das Nações Unidas foi a proclamação, em 10.12.1948, de uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 1º trata: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotadas de razão e de consciência e devem agir em relação uma às outras com espírito de fraternidade”.

Para Hannah Arendt o “tudo é possível” da experiência totalitária mostrou como uma forma até então inédita de organização da sociedade descartou explicitamente os valores consagrados da justiça e do direito. Preconizou o pensamento de retomada dos valores ocidentais, assinalados pela pluralidade e diversidade através do exercício da liberdade.²⁵⁴

Assim, ao proclamar os direitos fundamentais, a ONU tornou evidente não se tratar de concessão ou reconhecimento, esclarecendo que a existência de tais direitos independentemente de qualquer vontade ou formalidade, uma vez que eles são inerentes à pessoa humana, nenhum indivíduo, entidade, governo ou Estado tem legitimidade para retirá-los ou restringi-los.

A Declaração Universal reafirma o conjunto de direitos das revoluções burguesas – direitos de liberdade, civis e políticos – e os estende a sujeitos que anteriormente estavam excluídos: proíbe a escravidão, proclama os direitos da mulher, defende os direitos dos estrangeiros, afirma os direitos de tradição socialista – direitos de igualdade – e do cristianismo social – direitos de solidariedade, e os estende aos direitos culturais.

A partir da Declaração, através de várias conferências, pactos e protocolos internacionais, a quantidade de direitos se desenvolveu basicamente através de três tendências: a universalização, em 1948 aderiram à Declaração Universal somente 48 Estados. Atualmente, já aderiu quase a totalidade das nações do mundo, ou seja, 184 países em 191 países membros da comunidade internacional. Iniciou-se assim, um processo que está transformando os indivíduos em cidadãos do mundo; a multiplicação - nos últimos cinquenta anos a ONU promoveu uma série de conferências específicas que ampliaram a gama dos bens a serem protegidos e a diversificação- definiu-se mais claramente quais eram os sujeitos titulares de direitos a serem defendidos: mulheres, crianças, idosos, doentes, homossexuais, transgêneros, entre outros.

Esse processo deu origem a novas gerações de direitos:

²⁵⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2006. p. 15.

- **a primeira geração** inclui os direitos civis e políticos; direito à vida, à propriedade, à liberdade, à segurança, à proibição da escravidão, a garantia da igualdade entre homens e mulheres no casamento, direito à liberdade religiosa e de pensamento, direito de *habeas corpus*, proibição da tortura ou tratamento desumano ou degradante. São direitos clássicos, negativos, pois exigem uma abstenção de parte do Estado, que foram universalizados pela Revolução Francesa do século XVIII. Correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas prevalece nas constituições ainda neste terceiro milênio;

- **a segunda geração** inclui os direitos econômicos, sociais e culturais: surgidos a partir de meados do século XIX com a Revolução Industrial, e o surgimento de grandes massas de operários trabalhando sob o mesmo teto fabril. Estes direitos que só podem ser desfrutados com o auxílio do Estado são: o direito ao trabalho em condições justas e favoráveis, o direito de pertencer a sindicatos, à educação e cultura, o direito a um nível adequado de vida, o direito à seguridade e seguro social, direito à proteção especial da maternidade e da infância.

- **a terceira geração** inclui os direitos a uma nova ordem internacional: são também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem do indivíduo como titular, destinando-se à proteção de grupos humanos. Assim, os beneficiários são não só os indivíduos, mas também os povos. Esses direitos surgiram após a segunda guerra mundial. São exemplos o direito a um ambiente sadio, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, o direito ao desenvolvimento e aos bens que constituem o patrimônio comum da humanidade.

- **a quarta geração** vem representada por uma categoria nova de direitos, ainda em discussão: representam o direito à vida das gerações futuras, o direito a vida saudável, o desenvolvimento sustentado, o direito à informação, direito a democracia, à identificação pessoal, à biotecnologia, entre outros. É importante salientar que nem todos os autores reconhecem a existência de uma quarta dimensão ou geração de direitos.

A gama de direitos humanos (num plano público) ou de direitos da personalidade (num plano privado) é ilimitada. Esses direitos situam-se numa escala de conjunto de valores que abrangem várias dimensões: ética, jurídica, política, econômica, social, cultural, educativa. Todas essas feições devem ser analisadas conjuntamente e de forma interligada, pois ajudam a formar o todo que representa o gênero humano. “A ordem no universo só pode ser mantida por meio de um processo incessante de auto-organização, com a permanente adaptação ao meio ambiente. Ademais, a essência do ser humano é

evolutiva, porque a personalidade do indivíduo, é sempre na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado”.²⁵⁵

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho “O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos redundou no surgimento da terceira geração de direitos fundamentais – direitos de fraternidade. A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda dos direitos de igualdade, formando junto com a terceira a tríade preconizada na Revolução Francesa”.²⁵⁶

Não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais.

Preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o direito humano é um direito universal, inerente à condição humana, em todas as partes do mundo e em todos os tempos: o direito deve ser fundamental, universal e suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do Estado.²⁵⁷

Assim sendo, entendemos que a formação do estado familiar também representa um direito humano a ser respeitado e protegido tanto no plano interno como pela comunidade internacional.

Na lição de Sérgio Resende de Barros, o direito de família representa o mais humano dos direitos, uma vez que cuida da inserção do indivíduo num dado núcleo familiar, donde advirão intrínsecas repercussões na sua existência, tanto no plano social, como no econômico ou psicológico.

A inserção inevitável dos sujeitos ao direito de família faz decorrer inúmeros direitos humanos, “operando na sociedade em geral ou em certo grupo social, direitos humanos são poderes-deveres destinados a realizar a essência humana na existência humana em condições de dignidade condizentes com o estágio atual de civilização. Daí decorre a relação dos direitos humanos com os poderes-deveres que interagem nos

²⁵⁵COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 29.

²⁵⁶FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit., p. 57.

²⁵⁷Id. Ibid., p. 67.

relacionamentos familiares, a fim de proteger a humanidade dos homens desde o nascituro até o mais idoso dos sujeitos, assim como decorre o direito fundamental à família, a fim de concretizá-lo no grupo social mais elementar que é a família.”²⁵⁸

Pode-se depreender dessa lição que o direito à família é um direito humano fundamental, intimamente ligado ao direito à vida.

Aduz Sérgio Resende de Barros que “outros direitos humanos fundamentais também se ligam à família, tais como: a liberdade, a igualdade, a fraternidade, a solidariedade, a segurança, o trabalho, a saúde, a educação, bem como a própria felicidade humana e tantos outros valores que são objeto dos direitos humanos, que se ligam ao direito à família e se realizam mais efetivamente no lar familiar”.

O lar, por sua vez, na lição do professor associa-se aos direitos que garantem a infra-estrutura física da família, no sentido que reporta-se ao direito à moradia e ao bem de família; aos direitos que protegem a estrutura social da família, reportando-se ao direito de contrair matrimônio, ou união estável, o direito ao planejamento familiar, o direito à isonomia entre os pares, o direito ao poder familiar, o direito à paternidade (ou maternidade), direito à adoção, às técnicas de reprodução artificial, à assistência familiar, entre outros, bem como aos direitos ligados à estrutura econômica da família, como o direito à gratuidade do casamento, à herança e à sucessão, aos alimentos e por fim, referem-se a direitos que atinentes à estrutura psíquica da família, que se traduz no direito à convivência doméstica, ao apoio da família em matéria de educação, cultura, saúde, reconhecimento de vínculo parental, direito ao parentesco e à afinidade, bem como o direito à plena inserção familiar e à solidariedade, notadamente contabilizada pelo respeito e amparo entre os membros da família. Enfim, o direito ao afeto “sentimento maior que garante o agrupamento humano por um laço mais forte e dá consistência aos demais direitos humanos da família”.²⁵⁹

Desta sorte, pode-se depreender que pertencer a um agrupamento familiar representa na óptica dos direitos, um direito humano fundamental, que não pode ser negado a nenhum ser humano, sob o pretexto de qualquer prática discriminatória.

²⁵⁸BARROS, Sérgio Resende. *Direitos humanos e direito de família*. Palestra proferida em 29.08.03, na XII Jornada de Direito de Família, realizada no Auditório da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. p. 1. Disponível em: <www.srbarros.com.br>.

²⁵⁹Id. Ibid., p. 2-3.

Na realidade nacional, e ainda mais reforçada em muitas Constituições e quadro legislativo de muitos países do mundo, encontram-se legitimadas, lado a lado diversas formas de configuração familiar, buscando albergar todos os seres humanos em face das suas necessidades, possibilidades, estruturas íntimas ou potencialidades.

Para Sérgio Resende de Barros, os direitos humanos de família são verdadeiros direitos difusos, que vêm enlaçando cada vez mais sujeitos e objetos no âmbito da família, valorizando a dignidade humana. Entretanto, essa real inclusão somente se efetivará na realidade como reclama a universalidade a que tendem os direitos humanos, se alcançar a família em todas as suas manifestações e não apenas nas formas tradicionais como o casamento, a união estável ou monoparentalidade.

Também formas novas, como a família homoafetiva, não deverá ser mais privada dos direitos humanos, em virtude de preconceito ou desconhecimento. Essa modalidade de família, que clama por amparo legal, exige ser reconhecida pela legislação do direito de família.

Sintetiza ainda que “os direitos humanos tendem à concretude, que completa a universalidade, a que pretendem. Admitir alguma exclusão seria negar o direito de família no seu núcleo fundamental, o direito à família, inibindo a teoria e a prática dos direitos humanos familiares”.²⁶⁰

Visando amparar os direitos humanos, diversos documentos protetivos tiveram destaque. No século XX, a Constituição da República de Weimar, de 11 de agosto de 1919, prestigiou os direitos sociais e serviria de base para o futuro reconhecimento dos direitos fundamentais. Representou um novo modelo de Constituição seguido por outras Cartas que mais tarde se editaram na Europa.

A União Europeia tem seu sistema de direitos humanos fundado na “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais”, adotada em Roma, Itália, em 1950. Já em 1961, foi assinada a Carta Social Europeia que trata dos direitos econômicos e sociais.

Em 1977, na capital da Argélia, no continente africano, foi aprovada a “Declaração Universal dos Direitos dos Povos”. Ao enunciar princípios referentes aos direitos de todos os povos, esta declaração expressa a necessidade de garantia à autodeterminação política, ao desenvolvimento econômico, à cultura, ao meio ambiente e aos direitos das minorias.

²⁶⁰BARROS, Sérgio Resende. op. cit., p. 7.

Tem a preocupação fundamental de construir uma nova ordem internacional, mais solidária e cooperativa. Ainda no continente africano foi instituída a Organização de Unidade Africana e assinada a “Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”, em 1981.

Na década de 1990 foi assinada a “Carta de Paris”, no âmbito da Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa, ocasião em que se estabeleceram normas precisas sobre os direitos do homem e das minorias.

Em 1992 a “Convenção Americana sobre os Direitos Humanos” - “Pacto de São José da Costa Rica” - uniu inúmeras nações em torno do ideal de fortalecimento da defesa dos Direitos Humanos na América Latina. Desta convenção e de tantas outras realizadas no decorrer da história, o Brasil foi signatário.

Por direitos humanos entendemos um conjunto de faculdades e instituições que em determinado momento histórico concretiza as exigências da dignidade, a liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. São concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem o dever de ter perante sua sociedade ou governo, reconhecidas como direito.

Representam os direitos humanos um tema bastante atual. A polarização entre “direitos de igualdade e direitos de liberdade” continua sendo na atualidade uma das grandes questões não resolvidas no debate sobre os direitos humanos. A universalização dos direitos humanos contrapõe-se com a globalização da economia, a pretensa universalidade dos direitos do homem esconde o caráter marcadamente ocidental que não pode ser estendido ao resto do mundo, onde permanecem tradições e culturas religiosas próprias, muitas vezes incompatíveis com a doutrina ocidental, gerando o que Huntington batizou de choque de civilizações (como exemplo típico podem ser apontados os movimentos islâmicos mais radicais que reafirmam a própria tradição contra o ocidente.).

Os direitos humanos arriscam, nesse contexto, a se tornarem um pensamento único que justificam uma prática única, politicamente correta, nivelando as diferenças e divergências, ainda não sedimentadas em algumas culturas e civilizações, continuando, em

decorrência direta deste fato, o debate aberto da questão da universalidade dos direitos humanos, seja no ponto de vista teórico, seja no prático.²⁶¹

A luta pelos direitos humanos encontra, na atualidade, barreiras políticas, econômicas, religiosas e culturais para sua concretização, mesmo ponderando, como o fez Flávia Piovesan, que a Declaração dos Direitos Humanos representa o marco maior desse processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduzindo a concepção de universalidade e indivisibilidade desses direitos, converte-os em direitos de legítimo interesse da comunidade internacional.²⁶²

Forma-se, assim, um sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, integrado por instrumentos de alcance geral – Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; e por instrumentos de alcance específico, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres entre outros.

Na dinâmica do processo de consolidação da democracia, o Brasil tornou-se parte dos principais instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos humanos, participando ativamente dos principais foros internacionais sobre o tema.

A Carta Magna de 1988 introduziu o primado da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais e da transição democrática do país. No entanto, o desrespeito aos direitos humanos continua sendo uma realidade flagrante no país, muito embora seja o país signatário de documentos internacionais de garantia desses direitos fundamentais.

Nesse sentido, convém salientar o posicionamento de Norberto Bobbio, para quem, atualmente, o problema fundamental dos direitos humanos está na dificuldade dos governos em construir condições para a realização dos direitos proclamados. “A busca dos fundamentos para os direitos do homem não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelos estudos das condições, dos meios, e das situações nas quais este ou aquele direito possa ser realizado”.²⁶³

²⁶¹MAGNOLI, Demétrio. *Relações internacionais: teoria e história*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 183; HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 1998. p. 20-21.

²⁶²PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 195-197.

²⁶³BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 45.

2.2. Homossexuais, transgêneros e direitos fundamentais

Os direitos humanos foram e continuam sendo historicamente afirmados. Representam uma construção das sociedades políticas reafirmadas cotidianamente na vivência e defesa dos direitos e deveres mais primários à organização social. São ainda a constituição de regras de convivência e de organização da comunidade política, que asseveram as liberdades individuais e impõem limitações e deveres de ação ou omissão ao Estado.

Concebe Dimitri Nascimento Sales que a ideia de geração de direitos, preconizada por Bobbio, representa a afirmação de conquistas que se consolidam a partir da atuação dos sujeitos, que reconhecidos individual ou coletivamente produzem transformações no ambiente em que habitam, ou seja, na comunidade política, cujo *espaço dado* não é suficiente. Primaz se faz, em sua concepção, a transformação desse espaço, a fim de assegurar a continuidade de aprimoramento dos desejos humanos, exteriorizados e reconhecidos em forma de direitos e deveres instituídos em Constituições, leis, ou, ainda, moralmente e eticamente reconhecidos pela civilização humana.²⁶⁴

No âmbito da proteção dos direitos humanos, emergem na atualidade outros direitos, carecedores de defesa, promoção e proteção: o combate à homofobia, à discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Trata-se, assim, do reconhecimento de novos atores sociais e novas demandas públicas que impõem ações positivas no sentido de asseverar o respeito à diversidade humana.

Ao Estado atribui-se a missão de zelar pelos direitos e garantias fundamentais consagradas pelo ordenamento constitucional. Trata-se do dever de atuação no sentido de coibir ações discriminatórias em razão da orientação sexual e identidade de gênero, bem como da promoção dos direitos humanos da população GLBTT (formada por gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e transgêneros), asseverando-lhes respeito, igualdade de condições e dignidade.²⁶⁵

Desta sorte, ante a afirmação histórica dos direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana tomou vulto e passou a permear todas as estruturas jurídicas

²⁶⁴ SALLES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Orgs.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 927.

²⁶⁵ Id. Ibid., p. 929.

(e uma vez internacionalmente reconhecido, passou a orientar as relações internacionais, estabelecendo um diálogo entre as nações), sendo o reconhecimento da condição de pessoa que assegura os direitos e garantias individuais historicamente determinados, aliados ao reconhecimento de que a pessoa é detentora de direitos subjetivos, inatos, intrínsecos à sua condição humana, inerentes à sua personalidade de onde reconhece-se a diversidade como elemento da integralidade humana, e desta o exercício da sexualidade como um direito personalíssimo individual.

Assim, a orientação sexual é uma noção das mais recentes na prática e na legislação dos direitos humanos e uma das mais controvertidas na política. Preconceitos, estereótipos negativos e discriminação estão profundamente arraigados em nosso sistema de valores e padrões comportamentais. Para muitos homens públicos e formadores de opinião, a expressão do preconceito homofóbico se mantém tanto legítima quanto respeitável, caso inaceitável se fosse contra outras minorias.

O princípio constitucional da igualdade, erigido como cânone fundamental, outorga específica proteção no que tange às questões de gênero. Os artigos 3º, IV; 5º, I e 7º, XXX da Constituição Federal brasileira proíbem qualquer discriminação em razão do sexo (além disso, previsibilidade de não discriminação em virtude de o sexo estar consignado em diversos documentos internacionais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto de San Jose, dos quais o Brasil é signatário).

Para Daniel Borrillo, na perspectiva geral das garantias políticas concedidas às minorias na Europa, a questão da orientação sexual representa uma variável nova na ação pública antidiscriminação. Desde a elaboração das diretivas internacionais em matéria de proteção de direitos humanos, a questão homossexual tornou-se a pedra fundamental na construção da cidadania na Europa.

Para o professor de Nanterre “após o tratamento dos problemas clássicos de racismo, antisemitismo, xenofobia ou discriminações fundadas no sexo, veio a discriminação em face da orientação sexual e da identidade de gênero, representar um direito humano fundamental susceptível de ser tratado pelos instrumentos jurídicos internacionais, sendo a construção sócio- política da noção de orientação sexual um agente revelador das profundas transformações paradigmáticas relativas às liberdades públicas”.

Nesse sentido, leciona que “a homossexualidade hoje em dia não é apenas tolerada, enquanto manifestação do pluralismo sexual, mas vem sendo progressivamente protegida de todas as formas de discriminação por parte dos Estados ou dos cidadãos”.

“Em vinte e cinco anos passamos de uma Europa de penalização da homossexualidade para a penalização da homofobia”, sintetiza.²⁶⁶

No Brasil, entretanto, a realidade é outra: as estatísticas comprovam a existência da homofobia: a população GLBTT é um dos grupos sociais mais vulneráveis da sociedade, como retrata Dimitri Nascimento Sales, pois o preconceito acentua-se sobre algumas das dimensões essenciais da personalidade humana, a afetiva e a sexual, e, sobretudo, pela violência com que ela se manifesta; além disso, somam-se a ausência de políticas públicas que assegurem o cumprimento de direitos e garantias da população em questão.

Aponta-se para a cifra de 18 milhões de homossexuais no país (10% da população brasileira), considerados cidadãos de segunda categoria. Em se tratando de homofobia, ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios/dia perpetrados contra os homossexuais.²⁶⁷

A vulnerabilidade dos direitos humanos das comunidades GLBTT é explicável pelo preconceito, pela desinformação, pela negação de visibilidade social dessas pessoas, que vêm respaldar as práticas homofóbicas em razão da opção sexual e identidade de gênero do indivíduo. Não se trata de uma postura isolada, mas de um problema estrutural consubstanciado em elementos valorativos, morais, que são transmitidos por gerações.²⁶⁸

No exemplo brasileiro, não existe lei que criminalize a prática homofóbica, embora a Câmara dos Deputados tenha aprovado, em dezembro de 2006, o Projeto de lei 5003 que tipifica o crime de homofobia e outras práticas discriminatórias em razão de orientação sexual e identidade de gênero (remetendo-o ao Senado Federal). O Programa Brasil sem homofobia do governo Lula não foi capaz de assegurar a necessária correlação de força em

²⁶⁶BORRILLO, Daniel. La protection juridique de la minorité gay et lesbienne dans l’union européenne et en France. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Orgs.). *Direitos das minorias e grupos vulneráveis*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 49-50.

²⁶⁷Fonte: FOLHA de S. Paulo, São Paulo, 19 ago. 2007. Dados estatísticos comprovam que entre 1980 e 2005, 2511 homossexuais foram assassinados no Brasil, a maioria vítima de crime homofóbico- apontando para a margem de um crime homofóbico a cada 3 dias, ou 100 crimes/ano. A partir do ano 2000, essa média tendeu a aumentar, atingindo o pico de 158 homicídios em 2004. Dentre as vítimas, 72% eram homossexuais masculinos, 25% eram travestis e 3% eram homossexuais femininos. Para uma população estimada em 20 mil indivíduos, os transgêneros – transexuais e travestis- são proporcionalmente mais agredidos que os homossexuais.

²⁶⁸SALLES, Dimitri Nascimento. op. cit., p. 936.

todos os âmbitos dos Poderes, de forma a dar um novo contorno à realidade da população GLBTT.

Nesse sentido, o movimento gay colocou em público a velha questão da justiça em novos termos e novas circunstâncias como retrata José Reinaldo de Lima Lopes “passaram a reivindicar sob o nome de direito o respeito à sua identidade, à sua liberdade e ao tratamento não discriminatório. Essa luta teve uma história peculiar, mas insere-se em um grande processo de expansão da democracia e de afirmação de direitos universais”.²⁶⁹

Assim, temos que o reconhecimento de direitos e garantias à população GLBTT é uma necessidade contemporânea e premente, seja pela necessidade de respeito à diferença humana, seja pelo desafio do combate à homofobia e outras formas de discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero.²⁷⁰

Os princípios primordiais que norteiam a aproximação aos direitos sobre orientação sexual se referem à **igualdade (o respeito à diferença)** e à **não-discriminação**, visando assegurar a justiça social e garantir a **dignidade** de lésbicas, gays e bissexuais e transgêneros, que, por sua vez, não reivindicam "direitos adicionais" ou "especiais", mas a observância dos mesmos direitos das pessoas heterossexuais, dentre os quais a assunção do *status familiae* em seus relacionamentos.

O problema da afirmação dos direitos da população GLBTT é paradoxal: ao mesmo tempo em que a jurisprudência vem lhes outorgando cada vez mais o reconhecimento de direitos, também a violência homofóbica, em face da orientação sexual e identidade de gênero, aumenta. Daí a necessidade premente da adoção de políticas públicas que tornem concretizáveis os direitos humanos dessa parcela da população.²⁷¹

Às pessoas lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros (LGBTT) são negados - tanto pela lei ou pela prática - direitos civis, políticos, sociais e econômicos básicos. As seguintes violações foram documentadas em todas as partes do mundo:

Por meio da prática ou de provimentos criminais especiais com base na orientação sexual, em muitos países são negados às lésbicas, gays e bissexuais, *igualdade de direitos*

²⁶⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Coords.). *Direitos humanos: perspectivas e desafios contemporâneos*, cit., p. 950.

²⁷⁰ SALLES, Dimitri Nascimento. op. cit., p. 929; WINTEMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 1

²⁷¹ Retrata Ruthann Robson que as estatísticas americanas apontam em casos da aplicação de pena de morte que de 41 sentenciadas 17 eram lésbicas – esse simples fator intrínseco da personalidade leva às sentenciadas à execução. ROBSON, Ruthann. *Gay men, lesbians and the law*. New York; Philadelphia: Chelsea house Publishers, 1997. p. 95.

diante da lei. Frequentemente, as leis mantêm uma alta *idade consentida* para as relações entre o mesmo sexo, em comparação às relações entre sexos opostos.

O *direito à não-discriminação e à proteção contra o abuso e a violência* são usualmente negados pela omissão do aspecto da orientação sexual em leis antidiscriminação, preceitos constitucionais e suas leis de apoio.

O *direito à vida* é violado em Estados onde a pena de morte é aplicada.

O *direito de estar livre de tortura ou do tratamento cruel*, desumano e degradante é infringido por meio das práticas policiais, em investigação ou nos casos de detenção de lésbicas, gays e bissexuais.

Prisões arbitrárias de indivíduos suspeitos de possuírem identidade homo/bissexual ocorrem em inúmeros países.

A *liberdade de ir e vir* é negada para casais de nacionalidades diferentes, em razão do não reconhecimento da relação entre pessoas do mesmo sexo.

O *direito à privacidade* é negado pela existência de "leis contra a sodomia", aplicadas às lésbicas, gays e bissexuais, mesmo se a relação consentida entre dois adultos se dá em privacidade.

A *prática religiosa* é sempre limitada para lésbicas, gays e bissexuais, especialmente em se tratando de Igrejas que professam contra eles.

O *direito ao trabalho* é o mais afetado dentre os direitos econômicos. Muitas lésbicas, gays e bissexuais são despedidos por conta de suas orientações sexuais ou são discriminados em políticas e práticas empregatícias.

Os *direitos à seguridade, assistência e benefícios sociais* e, conseqüentemente, o nível de vida, são afetados, quando, por exemplo, não podem declarar seus companheiros como dependentes legais para fins de previdência social.

O *direito à saúde física e mental* está em conflito com práticas e políticas de saúde discriminatórias, a homofobia de profissionais da saúde, ou a adoção de políticas hospitalares discriminatórias.

O *direito de formar uma família* é negado em muitos países pelo não reconhecimento de casais do mesmo sexo e pela negação de outros direitos plenamente garantidos pelo Estado para famílias heterossexuais. No caso das crianças de casais

separados, os *direitos de proteção familiar* podem ser negados em virtude da orientação sexual dos pais. Às lésbicas, gays e bissexuais, casais ou indivíduos, não é permitida a adoção de crianças, mesmo se a criança for natural de um dos companheiros do mesmo sexo.²⁷²

A questão da formação da família por homossexuais e transgêneros vem ocupando grande espaço nas discussões doutrinárias de muitos países na atualidade, tanto que diversos deles já adotaram em seu quadro legislativo a possibilidade do casamento civil homossexual. Outros, entretanto, relutam em conceder-lhes os mesmos direitos que os casais formados por pessoas de sexo diferente.

Questiona-se muito sobre o que é exatamente o casamento. Para Richard Mohr, amparado na definição do casamento como valor a ser protegido, entende que este pode ser entendido como “o convívio diário entre duas pessoas que partilham intensa conexão íntima”.²⁷³

Vê-se, assim, que as lutas pela afirmação e defesa dos direitos humanos dos homossexuais não foram e não são poucas. A marcha pela afirmação de direitos da população GLBTT é recente no Brasil e vem disseminando-se na comunidade internacional, através de manifestações populares, publicação de leis que proíbam as práticas homofóbicas, respeito aos princípios constitucionais de igualdade, liberdade e não discriminação presentes nas Cartas Constitucionais contemporâneas.²⁷⁴

Decorrente do direito à visibilidade, tem-se o direito à livre manifestação do pensamento, do afeto, e o direito à diversidade sexual, como parâmetro que deverá conduzir ações sociais capazes de enfrentar energicamente o preconceito, a discriminação e homofobia, combatendo os estereótipos negativos que se ligam aos homossexuais e transgêneros. O direito à visibilidade representa o reconhecimento da dignidade da pessoa

²⁷²Fonte: HUMAN Rights Education Associates. Disponível em: <<http://hrea.net>>; SALLES, Dimitri Nascimento. op. cit., p. 429, 435-437; WINTEMUTE, Robert. Op. cit., p. 110-112.

²⁷³MOHR, Richard. *The long arch of justice: lesbian and gay marriage, equality, and rights*. New York: Columbia University Press, 2005. p. 12.

²⁷⁴O movimento homossexual começou a se organizar na década de 70 do século XX, evoluiu um tanto timidamente, alcançando uma relativa visibilidade nos anos 90, com o aparecimento de revistas, boates, e outros locais específicos para o público homossexual, criando um espaço de inserção para a discussão política em torno dos direitos dessas comunidades. No mesmo período, começaram a surgir diversas entidades cuja função destinava-se à defesa dos direitos humanos homossexuais – **principalmente no que tange ao seu direito à visibilidade**: atuação da parada gay, Projetos de Lei visando seus interesses, decisões jurisprudenciais. A interpretação do direito impõe uma nova percepção da realidade: a proteção do ser humano, sua dignidade. Não havendo, assim, como se negar a tutela dos direitos humanos das comunidades GLBTT. - SALLES, Dimitri Nascimento. op. cit., p. 939-940; WINTEMUTE, Robert. op. cit., p. 1; ROBSON, Ruthann. op. cit., p. 17-18.

humana tal como preconiza o art. 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que, ao reconhecer a condição de pessoa como atributo ético que assegura o respeito aos direitos humanos desse segmento social, garante-lhe a possibilidade de plena interação social.²⁷⁵

Também é de vital importância para o tema os ditames da Declaração e o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre os Direitos Humanos que ocorreu em Viena em 1993. Em seu § 18, reconheceu pela primeira vez num documento internacional que o Estado deve eliminar a “violência baseada no gênero e todas as formas de abuso e exploração sexual”.

O tema volta a ser abordado na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento realizada no Cairo em 1994 e na IV Conferência Internacional sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995. Nesta última por força dos grupos religiosos fundamentalistas unidos com o Vaticano, tentou-se instituir uma agenda eminentemente pró-natalista, opondo-se, desta sorte, aos direitos dos homossexuais ou mesmo à constituição de qualquer forma de família não formada nos moldes tradicionais.²⁷⁶

Vistas sob diferentes prismas no decorrer da evolução histórica da humanidade, as questões que envolvem gênero e sexualidade são, antes de mais nada, verdadeiras construções sociais, tal como os direitos humanos. Afirmar os direitos das minorias configura-se como alterar de alguma forma a ordem vigente, no caso, o referencial de heterossexualidade. Logo, as questões atinentes à homossexualidade implicam na afirmação de um posicionamento político.

A saída para o reconhecimento dos direitos humanos dos homossexuais advém da política adotada e da proteção legal – seja através da proteção constitucional, da lei específica ou dos tratados internacionais, que, repelindo a discriminação homofóbica, cuidam de garantir a inserção social de uma camada populacional, que estima-se 1% da população mundial.²⁷⁷

²⁷⁵ SALLES, Dimitri Nascimento. op. cit., p. 941; MOHR, Richard. op. cit., p. 17.

²⁷⁶ MATTAR, Laura Davis. Desafios e importância do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais frente aos direitos reprodutivos. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Coords.). *Direitos humanos: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2, p. 840.

²⁷⁷ Os movimentos homofóbicos são encontrados em todas as partes do mundo. Moscou tem patrulha antigay – epicentro de xenofobia (OESP 15.7.2007); parada gay é proibida em Israel por temor de atentado terrorista (OESP 11.11.2006); Islâmicos querem impedir entrada do Brasil de defender gays na ONU (OESP 16.10.2008) – Com apoio do Vaticano e dos EUA-; ao lado da construção de condomínios residenciais e escolas só para gays e seus filhos. (OESP 24.8.2008 e 29.7.2003 respectivamente).

Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos protegem o direito à não discriminação em virtude de orientação sexual, à liberdade sexual, o direito à intimidade – no sentido em que protege a relação homoafetiva, o direito à privacidade.²⁷⁸

O Brasil vive uma situação paradoxal em relação à população GLBTT. Por um lado, apresenta grande manifestação popular favorável à questão homossexual, e por outro, não possui um ordenamento legal atinente ao tema, pois a intolerância religiosa impede a aprovação de leis federais no país que protejam a livre expressão sexual; apresenta, ainda, grande violência institucionalizada e alto índice de crimes homofóbicos, além da dificuldade de inserção do homossexual nas relações sociais.

Desta forma, no que tange à proteção dos direitos humanos e orientação sexual, o Brasil apresentou um projeto de Resolução frente à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (em 22.4.2003) que proíbe a discriminação com base na orientação sexual, denominada “Direitos Humanos e Orientação Sexual”, pois entende que a discriminação, em função da orientação sexual, é violação aos direitos humanos.²⁷⁹

Afirma a delegação brasileira que a Resolução apresentada “não cria direitos novos, mas afirma a internacionalização dos direitos humanos”.

A Comissão de Direitos Humanos, reafirmando o estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e em diversos Pactos e Convenções Internacionais (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, Convenção Contra Tortura e Outros Castigos ou Penas Cruéis Desumanas ou Degradantes e Convenção sobre os Direitos da Criança), lembrando que o reconhecimento da dignidade e igualdade entre todos os homens é a base da liberdade, da justiça e da paz mundial e reafirmando a inadmissibilidade de qualquer forma de discriminação, proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem distinção, e ainda afirmando que a educação em direitos humanos é

²⁷⁸ A Constituição Americana protege a orientação sexual como um direito à liberdade, à igualdade; à privacidade, como direitos fundamentais garantidos à população. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos prevê a discriminação em face da orientação sexual como uma violação dos direitos humanos, do direito à intimidade, à privacidade, à liberdade, à luz dos artigos 8 a 14 e à formação familiar à luz do artigo 8. WINTERMUTE, Robert. op. cit., p. 6-15, 20-25 e 98; DEBET, Anne. *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*. Paris: Dalloz, 2002. p. 677; BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, moral and justice: a theory of lesbian and gay rights law*. London; Washington: Cassel, 1997. p. VII.

²⁷⁹ A Resolução é a primeira sobre o tema no âmbito da Nações Unidas e vem apoiada pela África do Sul, Canadá e mais dezoito países europeus, como: Alemanha, Áustria, Bélgica, França, Irlanda, Liechtenstein, Inglaterra e Suécia – membros da Comissão.

fundamental para a alteração de atitudes e condutas para promover o respeito à diversidade na sociedade, expressa profunda preocupação com a ocorrência, no mundo todo, das violações aos direitos humanos das pessoas, fundadas em sua orientação sexual, sublinha também que o reconhecimento desses direitos fundamentais está além da orientação sexual do indivíduo.

Assim, chama todos os Estados a promoverem e protegerem os direitos humanos independentemente da orientação sexual.²⁸⁰

O Programa Brasil sem homofobia foi lançado em 2004, a partir de uma série de discussões entre o governo federal e a sociedade civil, com intuito de promover a cidadania, a equiparação de direitos, o combate à violência e a discriminação da população GLBTT.²⁸¹

No mesmo sentido, o CNCD – Conselho Nacional Contra a Discriminação – enviou propostas de ações afirmativas para os homossexuais aos órgãos da administração pública em nível federal, estadual e municipal, com o objetivo de garantir aos homossexuais e transgêneros um tratamento isonômico em face da lei, erradicar a homofobia e garantir-lhes os mesmos direitos de cidadania, visando esclarecer a população em geral sobre a questão GLBTT, para que assim promova-se o respeito à diversidade sexual e a educação na diversidade.²⁸²

Em 14.5.2009 o governo federal lançou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBTT, composto por 51 diretrizes que devem ser transformadas em políticas de Estado. Destacam-se o direito de adoção dos casais que vivem em parceria homoafetiva e o reconhecimento dos direitos civis de casais homossexuais.²⁸³

No caso dos transexuais e dos intersexuais, difícil é o reconhecimento das suas peculiaridades no direito brasileiro. Sendo muitas vezes negada a acomodação registral quando da realização da cirurgia redesignatória – o que fere, em nosso entender, o princípio da dignidade da pessoa humana, negando-lhes também o direito à privacidade, à integridade física e à intimidade, alcançando o próprio direito à vida (pois é elevadíssimo o

²⁸⁰Fonte: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br>>; THE GULLY Online Magazine. Disponível em: <http://thegully.com/articulosgay_mundo>.

²⁸¹SALLES, Dimitri Nascimento. op. cit., p. 937.

²⁸²Fonte: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Disponível em: <<http://spider.pgt.mpt.gov.br:8080>>.

²⁸³Fonte: ANDRADE, Claudia. Plano do governo defende adoção e direitos civis para casais homossexuais. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/2009/05/14/ult5773u1188.jhtm>>.

número de transexuais que se suicidam em virtude de problemas legais e de inserção social). Também no caso dos primeiros, lhe é negado a persecução do *status familiae*, pois ainda paira em nossa doutrina e jurisprudência, a dúvida se a cirurgia de transgenitalização tem mesmo o condão de alterar o sexo do indivíduo (isso mesmo após o longo período de tratamento a que é submetido o paciente para o posterior diagnóstico de transexualidade).²⁸⁴

Efetivamente, o reconhecimento dos direitos dos homossexuais e transgêneros consiste na afirmação positiva de certas identidades, que reconhece esse seu direito como um Direito em primeiro lugar e precisará traduzir-se em esforços públicos estatais e não estatais – que retirem de um grupo discriminado as consequências jurídicas do estigma social.

Para que seja possível converter em deveres o direito ao reconhecimento, reporta-se ao direito subjetivo do indivíduo. No caso do respeito às identidades, há ainda que se considerar a dignidade e a valorização do ser humano, cuja igualdade fica condicionada à produção social de uma imagem positiva ou negativa de um traço que identifica o grupo, como retrataram Richard Mohr e José Reinaldo de Lima Lopes. Este, por sua vez, pode ser de várias naturezas, para o estudo em tela, o gênero e a identidade sexual.

A efetividade da tutela desse grupo determinado depende muito de como este é percebido socialmente: visível ou invisível, mutável ou imutável. Donde depreende-se que a produção da imagem ou do estigma do grupo é uma produção social.²⁸⁵

Podemos concluir, frente ao exposto, que os valores dominantes em cada época histórica apresentam um sistema de exclusões baseado em preconceitos punitivos e discriminantes, sendo a contemporaneidade alçada cada vez mais em princípios que valorizem o ser humano em sua dignidade, buscando sua tolerância e a inserção social, visando a auto-realização do indivíduo tendo em vista que é imperativa a distinção entre a homossexualidade do indivíduo e outros aspectos de sua personalidade.

²⁸⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direitos da personalidade e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. p. 63-68. (Série Grandes Temas do Direito Privado, v. 1). A busca pela alteração do nome nos transexuais pós-transicionais é bastante antiga: Em 17.8.2006 publicou o jornal OESP “Tribunal dá a transexual o direito de mudar de nome”, onde uma decisão pioneira do STJ cria jurisprudência para novas sentenças.

²⁸⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. op. cit., p. 961.

Como bem elaborou Stuart Mill, a valorização da liberdade e da diferença diretamente afetam a problemática da construção familiar nos estados intersexuais.²⁸⁶

De acordo com seus princípios, a liberdade do indivíduo deve prevalecer contra o controle social e político. A mais ampla variedade da vida e do caráter humano não pode ser obtida sem proteger os indivíduos uns dos outros e principalmente do terrível peso da pressão social “tirania da maioria”, um dos males contra os quais a sociedade exige proteção e clama por tolerância.²⁸⁷

Preconizou Stuart Mill que a tirania social muitas vezes é mais temível do que muitas espécies de opressão política, pois penetra mais profundamente nos detalhes da vida privada, escravizando a própria alma do indivíduo, viola o dissentimento, impedindo a formação de qualquer individualidade em desacordo com o modelo dominante.²⁸⁸

Tratou, desta forma, de elaborar a defesa da liberdade social e civil, procurando instituir os limites do poder que a sociedade poderia legitimamente exercer sobre o indivíduo.

No mesmo sentido é o pensamento de Nicholas Bamforth, para quem “a proteção contra a hostilidade social, muitas vezes advinda da própria lei, se exprime em vários contextos – que incluem desde a inserção social do público GLBTT, até a supossibilidade de adquirir o *status familiae*”.²⁸⁹

Difícil é adequar o ajustamento entre a independência individual e o controle social. Para tanto, é necessária a imposição de certas regras de conduta submetidas ao império da lei e também, observar-se os costumes de cada povo em um dado espaço temporal (“que se estabelece em momentos diferentes para cada Estado, sendo as regras que cada povo alcança são justificáveis por si mesmas. Essa ilusão universal é um exemplo da influência mágica do costume”).

²⁸⁶ Este foi o maior defensor da liberdade civil, intelectual, individual, elaborou os princípios de maneira clara fundando o liberalismo moderno, suplantou formulações iniciais do problema sobre o individualismo e a tolerância - temas recorrentes aos direitos humanos.

²⁸⁷ Muito embora, como preconizou Robert H. Hopcke, “tudo o que é de ordem pessoal é também político, assim, a busca de uma melhor compreensão da homossexualidade não pode deixar de ter um significado político e histórico”. – HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1993. p. 15.

²⁸⁸ MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 10-11.

²⁸⁹ BAMFORTH, Nicholas. op. cit., p. 3.

Para Mill, o princípio prático que orienta a regulação da conduta humana é o sentimento individual, baseado em sua preferência pessoal, observadas as noções intrínsecas de moralidade e crença religiosa.²⁹⁰

Assim, em concordância com os ideais millianos de liberdade, podemos concluir que o indivíduo deve estar livre para fazer as opções que quiser, ou puder, desde que não causem nenhum prejuízo significativo à coletividade.

Preconiza Baudry-Lacantinerie que o estado do direito supõe (ou mesmo sugere), o estágio de desenvolvimento da sociedade ao qual se destina, devendo, para tanto estabelecer parâmetros de deveres concernentes à vida social, uma vez que não tem o poder de tutelar as escolhas de foro íntimo do cidadão, sob pena de fazer-lhes pesar enorme tirania, traduzida por um poder despótico não democrático.²⁹¹

O homem é um ser capaz de escolha e que busca determinados fins à sua própria maneira, e tantas mais forem as maneiras, mais rica se torna a vida do homem (valoriza Stuart Mill a possibilidade de alterar os rumos de sua vida em direções inéditas ou inexploradas, ampliando o campo de sua liberdade de ação, de escolha, de pensamento), buscando assim a sua felicidade e realização pessoal - fim precípua da existência humana, valorizando a diversidade, a versatilidade, a plenitude da vida, a espontaneidade, a singularidade do homem, do grupo ou da própria civilização, evitando para tanto amesquinhez, a uniformidade, o efeito danoso da perseguição, o esmagamento dos indivíduos pelo peso da autoridade, do costume ou da opinião pública, a intolerância à livre crítica, o preconceito, a injustiça.²⁹²

Preleciona Robert Wintemute que “a orientação sexual é via de regra imutável porque o homem tem um reduzido controle sobre ela”. Assim, sintetiza Nicholas Bamforth que “as causas da homossexualidade não foram profundamente definidas, pesquisas científicas apontam para a possibilidade de um mínimo controle sobre a orientação sexual do indivíduo”.²⁹³

Importante é a valorização da liberdade de pensamento em Stuart Mill, assim como a discussão e o dissentimento em busca da verdade. O poder de coerção, ilegítimo em si mesmo, silencia a expressão de uma opinião diferente que poderia levar à troca do erro

²⁹⁰MILL, John Stuart. op. cit., p. 17-18.

²⁹¹BAUDRY-LACANTINERIE, G; HOUQUES-FOURCADE, M. op. cit., p. 2.

²⁹²MILL, John Stuart. op. cit., p. XI-XVI.

²⁹³WINTEMUTE, Robert. op. cit., p. 67; BAMFORTH, Nicholas. op. cit., p. 39.

pela verdade ou simplesmente à visão mais clara da própria verdade, pois “nunca se pode ter certeza se era realmente falsa a opinião que tentamos sufocar”, (entendia a generalização perigosa, injusta pelo desconhecimento, outras pessoas, em épocas menos esclarecidas, perseguiam opiniões que hoje são consideradas verdadeiras; gerações passadas sustentaram opiniões que hoje se sabem errôneas, fazendo e aprovando muitas coisas que hoje ninguém justificaria).

Tratou que o valor do julgamento humano dependia de uma única propriedade: de que este poderia ser corrigido quando errado. Residia aí a intrínseca valorização da abertura a diversidade de opinião, assim como a contínua análise e questionamento dos argumentos que se apresentavam (utilidade).²⁹⁴

Sua defesa pela liberdade em diversas dimensões: individual, de expressão, de pensamento, de opinião, a liberdade mental; encontra-se bastante atual, assim como a busca do livre desenvolvimento da individualidade como um dos elementos do bem-estar.²⁹⁵

Questiona Ruthann Robson quão diferente é o homossexual dos demais, para justificar ser submetido a uma quase-cultura, à uma diferenciação social. Prevê que suas necessidades, afetividade, desejo de inclusão são idênticos aos dos demais. Desta sorte, aduz que a lei influencia a população GLBTT no que tange à estruturação prática de sua vida cotidiana “mudanças na lei afetam a forma com que essa população é vista pela sociedade”.²⁹⁶

Logo, intrínsecas mudanças devem ser efetivadas no plano legislativo para incluir os homossexuais e transgêneros: lobbies no Congresso, apresentação (e conseqüente aprovação) de Projetos de Lei, inclusões legais nas esferas públicas, que permitindo uma maior visibilidade permitiria uma melhor aplicação da lei pelo juiz.

Trata Richard Mohr que, apesar da grande abertura política e legislativa no limiar do século XX, nos Estados Unidos da América, entre as diversas leis que ofereceram proteção especial à sociedade contra a discriminação com base na raça, na origem nacional ou etnia, no gênero, na religião, na idade, na deficiência física, entre outros, deixou os

²⁹⁴MILL, John Stuart. op. cit., p. 28-29, 32-35.

²⁹⁵Id. Ibid., p. 87.

²⁹⁶ROBSON, Ruthann. op. cit., p. 7 e 11.

homossexuais ainda desamparados em razão da forma como são tratados na sociedade “e, em particular, devido ao segredo em que a maioria se mantém forçados pela sociedade”.²⁹⁷

Pode-se entender, sob o olhar de Richard Mohr amparado pelo de John Stuart Mill “que a legislação de direitos civis é uma condição de fundo necessária para a dignidade, a auto-estima, a autossuficiência, a busca da felicidade e a plenitude do indivíduo, funcionaria como um agente viabilizador da própria essência do ser humano, no âmbito do pleno exercício de sua personalidade.

Logo, a legislação civil, quando coerciva, é justificada pelos próprios princípios que se queria sustentar, pois a discriminação afeta a autopercepção do indivíduo, faz camuflar a sua identidade mais íntima, inibe o desenvolvimento do respeito próprio, profanando sua vida privada (as pessoas identificam-se, a si mesmas, em parte, através do olhar alheio). Desta forma, ter negado ou comprimido direito fundamental com base em alguma condição de grupo representa a principal forma social de ostracismo e exílio.²⁹⁸

Nesse sentido, frente à discriminação generalizada que sofrem os homossexuais, pode-se concluir que estes, acostumados /forçados a viver na clandestinidade, acabam se tornando egodistônicos, sendo “obrigados” a disfarçar, dissimular uma opção pessoal, uma característica íntima que ilide o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Assim sendo, a discriminação em face da disforia de gênero representa uma grave afronta à dignidade individual e ao direito da personalidade do indivíduo.²⁹⁹

A manutenção do homossexual numa condição de clandestinidade, de invisibilidade implicou para Richard Mohr na ausência da divulgação e consequente conscientização da amplitude da sua problemática, tão necessária para a implantação de uma estratégia política potencialmente efetiva, permanecendo, desta forma, as questões homossexuais vinculadas, muitas vezes, ao seu lado mais obscuro, abordando preferencialmente questões atinentes à AIDS, morte, violência, escândalos, tragédias, fornecimento de imagens estereotipadas.

²⁹⁷ A grande discriminação que sofrem os homossexuais fazem com que estes camuflam sua essência, sua personalidade, permanecendo como se diz em linguagem coloquial “no armário”. MOHR, Richard. Homossexuais/justiça: argumentos millianos pelos direitos dos homossexuais. In: ISHAY, Micheline (Org.). *Direitos humanos: uma antologia*. São Paulo: Edusp, 2006. p. 413.

²⁹⁸ MOHR, Richard. Homossexuais/justiça: argumentos millianos pelos direitos dos homossexuais, cit., p. 415.

²⁹⁹ Desconhecimento ou preconceitos, histórica e culturalmente arraigados nas mentes coletivas, atribuem aos homossexuais ideias de contágio, recrutamento, perversão, pecado, desvirtuamento da entidade familiar.

A interferência da sociedade na vida privada é um dos assuntos mais polêmicos no terreno da ética. Quando se trata de opções sexuais, e mais particularmente no “casamento” entre pessoas do mesmo sexo, o tema desperta paixões acirradas, envolvendo toda a sociedade civil. De um lado, os grupos homossexuais reivindicam os mesmos direitos e garantias assegurados pela legislação aos heterossexuais; de outro, setores mais conservadores da sociedade e a quase totalidade dos credos mostram-se contrários à prática, prenunciando a dissolução dos alicerces morais da civilização humana.³⁰⁰

Uma pergunta chave para o tema é: tem a sociedade o direito de intervir no afeto privado? É justo impedir/possibilitar que duas pessoas com identidade de gênero constituam uma união com o mesmo efeito do casamento tradicional? Não há como provar que o afeto entre duas pessoas do mesmo sexo cause prejuízos concretos a quem quer que seja. Na verdade, é a intolerância com a diferença que causa prejuízos a pessoas que apenas desejam ter soberania sobre a própria intimidade.

Os maiores valores encontrados no pensamento de Stuart Mill foram a liberdade individual, a variedade e a justiça, alegando inclusive que sem o efetivo exercício da variedade/diversidade, formas inteiramente imprevisíveis de felicidade humana restariam desconhecidas, não realizadas. Elaborou seu pensamento a fim de descobrir “as verdadeiras finalidades da vida”, aduzindo que a mera oposição a estas levava a uma disseminação de uma falsidade perniciosa, que devia ser reprimida.

Defendia a razão e a tolerância a qualquer custo. Entendia que os homens queriam restringir as liberdades de outros, seja para impor-lhes o seu poder, seja porque querem a conformidade e não querem ser nem parecer diferentes dos demais, porque acreditam que quanto ao modo como se deve viver, deve haver apenas uma forma correta (que por sua vez é alcançada pelo uso da razão).³⁰¹

Tal como Bentham, utilitarista, o valor ético de um ato consiste em aumentar o prazer dele advindo, diminuindo a dor existente. Assim, a finalidade principal de uma

³⁰⁰Richard Mohr, apresenta uma ampla obra doutrinária que ampara os direitos dos homossexuais, explorando basicamente conceitos como igualdade e liberdade. No entanto, suas ideias não foram recepcionadas por Harry V Jaffa, que entende as relações homoafetivas como antinaturais, sendo que sua proteção levaria a sociedade à desordem, doença, imoralidade e morte, abalando os alicerces da família e consequentemente, do Estado. – JAFFA, Harry V. A review of Richard Mohr's book gay/justice. *The Claremont Institute*, USA, 1991. Disponível em: <www.claremont.org/publications/pubid.694/pub_detail.asp>.

³⁰¹MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*, cit., p. XXIV. Completa essa concepção o pensamento de Jung para quem “a heterossexualidade pode ser entendida como uma norma determinada pela cultura e não como um imperativo determinado pela biologia”. – HOPCKE, Robert H. op. cit., p. 68.

legislação protetiva aos homossexuais é garantir-lhes uma maior felicidade, o respeito à sua dignidade, pois a orientação sexual representa uma intrínseca parte de sua individualidade.³⁰²

“Um dos campos mais controvertidos para o ser humano é o da vida sexual, onde sua autonomia significa uma liberdade em face da moral corrente. A vida sexual não tem regras de conduta muito precisas, ou obedece a regras diferentes daquelas da moral”.

Aduzia que há um extremo perigoso em credos e formas de vida que comprimem, estancam, tohem os homens. Foi aguda a sua consciência sobre o efeito desumanizador da cultura de massas. Para ele, “a humanidade ganha mais tolerando que cada um viva conforme o que lha pareça bom do que compelindo cada um a viver conforme pareça bom ao restante”.³⁰³

À luz de seu pensamento, podemos perceber, na atualidade, que vários conceitos estão mudando, evoluindo em favor da tolerância, da diferença, da inserção do desigual. Em boa parte do mundo, as leis vêm acompanhando essa mudança de paradigma dos costumes, possibilitando, assim, que milhões de pessoas “tirem o seu afeto do armário”.

“A humanidade rapidamente se torna incapaz de conceber a diversidade, quando durante algum tempo se desacostuma a vê-la”.

Desta forma podemos concluir que as relações homossexuais sempre foram marcadas por medo, desconhecimento, intolerância e preconceito. Deve-se observar que esta representa um aspecto muito particular da condição humana que faz surtir íntimos efeitos na vida dos indivíduos ou mesmo da sociedade em geral. A ocorrência das práticas homoafetivas sempre foram uma constante desde o início dos tempos, representando uma conexão de múltiplos fatores de origem biológica, psicológica, sociológica que, atuando conjuntamente, dão contornos à personalidade e à identidade dos indivíduos.

³⁰²HARVARD Law Review. *Sexual orientation and the law*. Harvard University Press, USA, 1990. p. 2.

³⁰³MILL, John Stuart. op. cit., p. XXXVI. Nota que os europeus muito devem à pluralidade de trajetórias, de diferenças e desacordos que originaram a tolerância, a variedade, a humanização das relações.

3. AS MODALIDADES DE FAMÍLIA NA PÓS - MODERNIDADE

Diversas são as formas de agrupamento familiar que vêm se descortinando na atualidade, vivendo lado a lado com outras formas mais tradicionais de configuração de núcleo familiar.

A composição da família possui vital importância para definir a presença do indivíduo nas relações sociais, definir o seu modo particular de existir através do lugar que este ocupa no seio desta mesma família, estabelecer sua situação jurídica, favorecer a autoaceitação dos indivíduos e o desenvolvimento de sua personalidade.

Para tanto, analisaremos as diversas modalidades de agrupamentos familiares que vêm se desenvolvendo no decorrer dos tempos, interrelacionando a sua gênese à formação do estado familiar e sua relação com o estado conjugal.

Evoluiu o conceito de família e as relações entre seus componentes, sendo sabido que o antigo modelo familiar patriarcal cedeu espaço a formas novas de composição familiar mais democráticas, baseadas no afeto.

Mudando a mentalidade do homem individual, novas relações interpessoais foram instituídas, fazendo surgir novas modalidades de família no mundo contemporâneo, muitas das quais já encontram respaldo na doutrina e na legislação nacional; outras, entretanto, vêm singrando os mares do preconceito e da dúvida, visando alcançar, no final, o horizonte do pleno reconhecimento do estado de família.

3.1. A família na Constituição Federal e no Código Civil

Ao lado da família matrimonial, largamente difundida no mundo do direito, encontramos atualmente uma pluralidade familiar constituída fora do matrimônio, onde podemos apontar: a união estável, o concubinato, a monoparentalidade.

Com o desenvolvimento das sociedades e alteração dos costumes, modificou-se também a conceituação da família, retirou-se a primazia da família matrimonial como sendo “a família legítima” e estendeu-se sua proteção a outras modalidades de família protegidas pela Constituição Federal em seu artigo 226 e seguintes.

Assim, nos dizeres de Luiz Edson Fachin “afastando-se dos laços formais, são valorizadas as relações de mútua ajuda e afeto, com índices cada vez maiores de uniões não matrimonializadas”, nas quais o indivíduo se insere, se liberta e possibilita a realização pessoal.³⁰⁴

No âmbito da positivação dessas formas de família, temos, tal como elenca o artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, a família formada pelo casamento, pela união estável e pela monoparentalidade, sendo as duas primeiras regulamentadas pelo Código Civil.

3.1.1. A Família Matrimonial

Na lição de San Tiago Dantas “na sociedade moderna ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral sobre a qual se assenta a família”.

Aduz que “não obstante a influência do Cristianismo no instituto, a antiguidade greco-romana preparou solidamente as bases da sociedade para a prática milenar da família monogâmica que se conhece... embora cada vez mais se busque, dentro da evolução social a que se assiste, o equilíbrio do homem e da mulher na relação conjugal, em cujo fundamento se prevê uma sobreposição do interesse social sobre o interesse individual”.³⁰⁵

Antiga é a lição de Modestino de que “casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.”³⁰⁶

Historicamente, apresentou-se o casamento em quatro fases, como aduz Maurício Pessoa: “o casamento consensual, que se originou no direito romano, o casamento exclusivamente religioso, com fundamento no Direito Canônico até o Concílio de Trento, o casamento civil e religioso vigente desde o Concílio de Trento até o Código de Napoleão e finalmente o casamento civil obrigatório, correspondente à secularização do casamento”.³⁰⁷

Leciona Brigitte Gaudemet que desde os primórdios do direito romano, o casamento era considerado um negócio, um acordo celebrado entre duas famílias.

³⁰⁴FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1.

³⁰⁵DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, cit., p. 13-14.

³⁰⁶Digesto, Liv. XXIII, Tit. II, Frag. 1º.

³⁰⁷PESSOA, Mauricio. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 218.

Reconhecia-se, ainda, em Roma, um casamento monogâmico, heterossexual, baseado no mútuo consentimento, porém o número de divórcios e novos casamentos era bastante grande. Em face do Direito Romano, o casamento fazia referência tanto ao direito divino, quanto ao direito humano(*divini et humani communicatio*).

Na Idade Média, o casamento assumiu um papel essencialmente religioso e as disposições jurídicas que lhe regiam eram as do direito canônico, sendo que a Igreja reprovava toda união extramatrimonial, notadamente o concubinato. O casamento legítimo era o celebrado em face do consentimento dos nubentes e durava a vida inteira.

Para San Tiago Dantas, foi oriundo do direito canônico o questionamento da natureza jurídica do casamento: se sacramento ou contrato, que a seu turno levou ao entendimento inicial de que este se tratava, como bem se ocupou Pothier “do mais excelso e eminente de todos os contratos”.

Data do século XII a teoria que qualifica o casamento como um contrato, fazendo um paralelo com a sociedade comercial. Ela se apresenta apoiada no Direito Romano clássico, embora em Roma o casamento não tenha sido qualificado como um contrato (os contratos consensuais em Roma eram basicamente quatro: venda, aluguel, sociedade e mandato). O casamento representava, na realidade, um consórcio.

Nos idos dos anos 1160, Teólogos e Canonistas adotam a terminologia de que o casamento era a um só tempo *contrato e sacramento*.

Com o advento da reforma religiosa, deixou o casamento de ser visto como um sacramento porque assim entendiam os protestantes; a reforma abandonou a regra da indissolubilidade do casamento e admitiu o divórcio. Para Lutero, o divórcio era um pecado, salvo em caso de adultério.

A doutrina francesa tem considerado o casamento um contrato, que apareceu desde a origem da humanidade e foi elevado a sacramento por Jesus Cristo, que fez seu primeiro milagre nas Bodas de Canaã. Acolhida pelos ideais da Revolução francesa, a ideia de casamento como contrato civil afirmou-se no Código de Napoleão. Na atualidade, o casamento pode ser considerado como um contrato especial com caráter sacramental.³⁰⁸

³⁰⁸ GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l’homme et la femme? Quelques points à travers l’histoire em occident, cit., p. 17-27, 32; DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, cit., p. 123-124.

Para Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva casamento é “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos...a reprodução não é mais a finalidade precípua do casamento, devido ao fato de que muitos casais optam por não ter filhos, mas o mútuo adjutório sim, sempre foi e será não só a finalidade, mas o efeito jurídico do casamento”.

Apontam seus caracteres constitutivos: “natureza de ordem pública, pois a legislação atinente ao casamento sobrepõe-se às convenções particulares; união exclusiva, que importa em comunidade de vida para os cônjuges; não comporta termo ou condição, tratando-se de negócio jurídico puro e simples”.³⁰⁹

Faz-se importante demonstrar quais seriam as finalidades do casamento: constituir a família tradicional, procriação, realizar a comunhão de vida e de interesses através da *affectio maritalis*.

Para Carlos Roberto Gonçalves, “a principal finalidade do casamento é estabelecer uma comunhão plena de vida como prevê o artigo 1511 do Código Civil, oriundo do amor do casal, baseado na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e na mútua assistência”; sendo os demais objetivos que normalmente se atribui ao casamento secundários- não essenciais- como a procriação ou a satisfação sexual.³¹⁰

Como interpreta Eduardo de Oliveira Leite “o casamento, chama para si a origem, o ponto de partida e a ancoragem. A sua própria finalidade está na celebração do matrimônio como componente essencial da família, da família matrimonializada... Caracterizar-se como um negócio jurídico bilateral, de feição especial, um tanto diferenciado do contrato”.³¹¹

A Constituição Federal, em seu artigo 226, traz em seu bojo a família como base da sociedade, com especial proteção do Estado, prescreve que é gratuita a celebração do casamento civil (§1º), prevendo ainda o casamento religioso com efeitos civis (§2º), estabelece a livre decisão do casal frente ao planejamento familiar, cabendo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (§7º).

³⁰⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 23.

³¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., v. 6, p. 30-31.

³¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito de família*, p. 127.

Aduz Rui Geraldo Camargo Viana que “A família interessa ao Estado como fonte geratriz da população, daí as normas e políticas para o controle de natalidade”.³¹²

O casamento sempre se caracterizou pela solenidade do ato, um ato formal, que faz sobressair a presença ativa do Estado em face do caráter volitivo das partes.

À luz do pensamento de Gérard Cornu, a liberdade do casamento, a liberdade nupcial ou matrimonial, constitui, sob a garantia do Estado, uma liberdade pública, uma liberdade fundamental. Para o grande jurista francês, o casamento é ao mesmo tempo uma celebração, um contrato – pois precede ao acordo comum de vontade das partes; é um ato consensual que pode ter por celebração a modalidade civil, laica ou religiosa.³¹³

Para Caio Mário da Silva Pereira, “atendendo às finalidades propostas o casamento é a união de duas pessoas de sexo diferentes, realizando uma integração psico-física permanente”.³¹⁴

Para Hervé Lécuyer, “o casamento é um contrato de direitos pessoais donde os católicos fizeram um sacramento, sendo contrato e sacramento coisas bem diferentes. Um refere-se aos efeitos civis e o outro às graças da Igreja”.³¹⁵

Entretanto, a própria estrutura basilar da família formada no casamento alterou-se com o passar dos tempos. Preconiza ainda a Constituição Federal brasileira a igualdade de direitos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, rompendo com todas as regras discriminatórias presentes na legislação codificada; as partes agirão sempre em comum acordo, colaborando conjuntamente para a administração da família, seu sustento e a educação dos filhos.³¹⁶

Prevê o Diploma Constitucional dois modos de união legal em seu artigo 226§§ 1º e 2º, que são o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis.

Forma originária da família, “o casamento devido à relevância de seus efeitos, é precedido de várias formalidades, que têm por objetivo tornar evidente a existência dos requisitos essenciais à sua celebração”.³¹⁷

³¹²Nesse sentido contrapõem-se o “Baby Boom” ocorrido na França do pós guerra e o firme controle de natalidade existente em algumas províncias da China; VIANA, Rui Geraldo Camargo. *A família*, cit., p. 48.

³¹³CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 271-275.

³¹⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 5, p. 53.

³¹⁵LÉCUYER, Hervé. *Mariage et contrat*. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001. p. 59.

³¹⁶BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*, cit., p. 63.

³¹⁷MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 74.

O Código Civil atual, suprimindo uma omissão do anterior, disciplina expressamente o casamento religioso que pode ser de dois tipos: com prévia habilitação art.1516 §1º; com habilitação posterior à celebração religiosa, art. 1516 §2º.

Em ambos os tipos exige-se o processo de habilitação. A celebração é feita pela autoridade religiosa, de acordo com a fé professada pelos nubentes. A validade civil do casamento religioso está condicionada à habilitação e ao registro no Registro Civil de pessoas naturais, de acordo com a disposição do art 1515 do Código Civil.

Entretanto, desde a sua concepção, pode apresentar o casamento vícios que tornam o casamento inexistente, nulo ou anulável de pleno direito, e assim impor sérias consequências à formação da família.

Por ser marcadamente um ato solene, com estrita regulamentação legal, a doutrina clássica aponta três requisitos essenciais para a existência do casamento: o consentimento válido, a celebração na forma da lei e a diversidade de sexos, tal como disposto nos artigos 1533 a 1535 do Código Civil. A inobservância de um desses requisitos torna o casamento inexistente, embora, para que seja válido, outros requisitos são exigidos. Desta forma, o casamento pode existir, mas não ser válido.³¹⁸

Aponta Caio Mário da Silva Pereira para os caracteres basilares do casamento: a solenidade- que abrange a presença do representante do Estado além do consentimento das partes; a diversidade de sexos- apontando esta como um elemento natural do matrimônio, imprescindível para a sua existência e a dissolubilidade.³¹⁹

No tocante aos impedimentos matrimoniais, outrora elencados no art183 do Código Civil de 1916, os absolutamente dirimentes que geravam a nulidade do casamento, os relativamente dirimentes que visavam impedir eventuais prejuízos aos nubentes e geravam a anulabilidade da união e os meramente impeditentes que visavam a não realização do casamento que poderia trazer prejuízos para terceiros. Não observados, o casamento se considerava irregular, mas não era invalidado.

O Código Civil considera impedimentos apenas os dirimentes absolutos, em seus artigos 1521,I a VII e 1548,II, visando evitar uniões que possam comprometer a ordem pública, resultantes de circunstâncias específicas que não podem ser sanadas.

³¹⁸DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, cit., p. 213; VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, cit., p. 27; GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 119.

³¹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., v. 5, p. 62-65.

As hipóteses de impedimentos relativamente dirimentes foram no novo Código Civil deslocadas para o capítulo relativo à invalidade do casamento, como causas de anulabilidade. Via de regra, a falta ou a insuficiência da capacidade de consentir torna o casamento anulável art 1550,III e IV do CC ou nulo, à luz do art 1548,I do CC, dependendo da graduação do defeito da manifestação da vontade.

Dentre as modalidades de casamento do Código, o casamento civil é um ato solene em que o Estado intervém desde a habilitação, controla a existência de impedimentos, bem como a realização pela autoridade competente. Caracteriza-se por ser um contrato, pois se faz necessário o consentimento das partes contraentes. Para ter eficácia *erga omnes*, registra-se o casamento no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais.³²⁰

Preconiza Euclides de Oliveira que são relevantes os efeitos jurídicos do casamento no âmbito pessoal, social e patrimonial. São efeitos pessoais a conduta dos cônjuges por mútuo dever de fidelidade, coabitação, assistência e criação dos filhos; seriam efeitos sociais os relativos à posição do cônjuge no meio social e/ou familiar, com alteração de seu estado civil e reflexos parentais ou de afinidade com os elementos do grupo; traduzem-se, finalmente, como efeitos de caráter patrimonial os decorrentes do regime de bens que se institui com o casamento, bem como os direitos na sucessão hereditária.³²¹

O Código Civil vigente trouxe sensíveis mudanças nas disposições referentes ao casamento, como a igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges, a redução dos impedimentos matrimoniais, trazendo ainda diversas disposições gerais sobre o casamento, sua finalidade, seus princípios básicos, o registro civil do casamento religioso e outras normas de importante conteúdo programático, dentre elas a redução para 16 anos de idade a capacitação nupcial do homem e da mulher, à luz do artigo 1517.

Em relação à natureza jurídica do casamento, três são as correntes que visam defini-la: a contratual, a institucional e a eclética.

A teoria contratual aponta para a liberdade volitiva dos nubentes para a celebração do contrato de casamento, pois o principal elemento do casamento é o consentimento dos nubentes. Acolhem essa teoria Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Álvaro Villaça Azevedo.

³²⁰MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 90-98.

³²¹OLIVEIRA, Euclides. op. cit., p. 38.

À luz da teoria institucionalista (ou supraindividualista), o casamento é um estado em que os nubentes ingressam, que reflete uma relação jurídica nascida do acordo de vontades cujas normas e efeitos se encontram pré-estabelecidas pela lei. Partilham dessa teoria Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, Maria Helena Diniz e Arnoldo Wald.

A teoria eclética congrega dois elementos: o volitivo e o institucional, “considerando o casamento como um contrato em sua formação, por originar-se do acordo de vontades e uma instituição em sua duração, em face da interferência do Poder Público e do caráter inalterável de seus efeitos”. Partilha dessa teoria Silvio Rodrigues.

Filiamo-nos com Regina Beatriz Tavares da Silva à teoria que considera o casamento como um contrato especial de direito de família, onde o principal elemento constitutivo do casamento é o consentimento dos nubentes, de onde derivam os efeitos decorrentes do ato matrimonial, regado por normas cogentes, tendo em vista o interesse da sociedade em geral, que, por outro lado, contém um espaço para a efetivação da autonomia da vontade individual, notadamente no que tange à escolha do regime de bens, ou o interesse na duração do casamento.³²²

Sintetiza Herve Lecuyer que “O principio fundamental do contrato de casamento, mais santo dos compromissos, é a harmonia social, a ordem e a composição da grande família que é o Estado”.³²³

Embora não traga consignada a doutrina pátria uma definição expressa do que seja em si o casamento, podemos entendê-lo como um ato solene, com forma prevista em lei, que tem em vista a formação de um grupo social, que visa o amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando o bem-estar, a felicidade, a perpetuação do ser humano em observância da higidez da sociedade.

Sintetiza Rui Geraldo Camargo Viana que o relaxamento dos costumes, a introdução do divórcio e a própria evolução do conceito de família, retirou a primazia do casamento para instituir a família, outrora denominada legítima, reconhecendo a Lei Maior outras entidades familiares que também gozam de legitimação.³²⁴

³²² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 24.

³²³ LECUYER, Hervé - Mariage et contrat. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualisation de la famille*, cit., p. 61.

³²⁴ VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família, cit., p. 24-25.

3.1.2. A família formada na união estável

A família formada pela união estável, vigente desde os tempos romanos, admitida pelas leis matrimoniais de Augusto: *Leis Julia e Papia Poppaea*, passou a ser considerada pelo direito, ainda que de maneira indireta, chegando a ter em Roma o valor de um quase-casamento, pois quando formada por um homem e uma mulher de classe social elevada, presumia-se que casados fossem. Podia, entretanto, ser constituída sem formalidades e com natureza lícita entre as pessoas de classes mais baixas.³²⁵

O Cristianismo combateu o então chamado concubinato, insurgindo-se contra a tolerância por ele desfrutada, até ser condenado no Concílio de Trento.³²⁶

A generalização do fato social fez com que fosse reconhecida juridicamente. Na atualidade, recebe amparo constitucional, no art 226 § 3º da Constituição Federal. Considera-se união estável a entidade familiar estabelecida entre o homem e a mulher, de forma pública, contínua e duradoura, com *animus* de constituir uma família, diferente do concubinato, que restringe-se às relações entre homens e mulheres impedidos de casar.

Pode ser entendida a união estável, na visão de Paulo Luiz Netto Lobo, “como sendo a entidade familiar constituída por um homem e uma mulher que convivem em posse do estado de casado, que se converteu em relação jurídica em virtude da Constituição, que lhe atribuiu dignidade de entidade familiar própria, com seus direitos e deveres”.³²⁷

O Código Civil regula, no seu Livro IV, Título III, a união estável nos artigos 1723 a 1727, encontrando-se também disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como o direito sucessório dos companheiros – art 1790 – e a obrigação alimentar – art 1694.

Define-se união estável, à luz do artigo 1723 do Código Civil, como a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição da família. Note-se que a menção expressa dos termos “homem” e “mulher” afasta a possibilidade de configurar-se união estável entre seres do mesmo sexo.

³²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, cit., p. 320-321.

³²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 38.

³²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 148.

Impõe-se para a constituição da união estável, tal como disposto no artigo 1723 § 1º do Código Civil, a observância dos impedimentos previstos no artigo 1521 do Código Civil, e dos deveres recíprocos entre os companheiros elencados no art 1724 do Código. Não vigoram, entretanto, as causas suspensivas previstas no artigo 1523, tal como dispõe o artigo 1723 § 2º do mesmo Diploma Legal.

Consiste, portanto, a união estável, na ligação entre o homem e a mulher, marcada pela ausência da celebração do casamento, mas que apresente o *animus* de se manter uma comunhão de vida estável, durável e pública, com aparência de casamento, onde se atribui aos companheiros o dever de lealdade similarmente ao dever de fidelidade dos cônjuges, não sendo necessária a coabitação para configurá-la.³²⁸

Entende Álvaro Villaça Azevedo que o início da convivência se dá sem a observância de qualquer formalidade de celebração, mas pelas consequências que encerra equipara-se, em verdade, a um casamento de fato, pois vivem os conviventes como se fossem marido e mulher, sem o ser.³²⁹

Desta sorte, “para que se configure união estável é necessária a efetiva formação da família, não sendo suficiente o simples objetivo de constituí-la como existe no namoro e no noivado, assim, é a união estável a manifestação aparente do casamento, caracterizando-se pela comunhão de vidas”.

“Envolve ainda a permanência estável da relação, sem interrupções, sendo essencial para a sua constituição: a dualidade de sexos; a convivência contínua, duradoura e pública; a capacidade civil dos companheiros, para a sua validade em virtude dos efeitos que produz e a inexistência de impedimentos matrimoniais, salvo, no caso de casamento, se houver separação de fato”.

Diferentemente do casamento que se realiza em um único ato, a união estável é oriunda de vários fatos que se concretizam com o passar do tempo e apresenta, como aquele, natureza monogâmica.³³⁰

Numa visão retrospectiva, lecionam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva que o Código Civil de 1916 ignorou a família de fato, protegendo largamente a família formada pelo casamento.

³²⁸CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 86-87.

³²⁹AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*, cit., p. 298-299.

³³⁰MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 35-38.

À luz da legislação da época, ficava a companheira desamparada, no que tange aos efeitos patrimoniais decorrentes da dissolução das uniões de fato, o que levou à formação de jurisprudência atinente ao tema, resultando na Súmula n.380 do Supremo Tribunal Federal: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Como leciona Álvaro Villaça Azevedo, “com a ausência de divórcio e com o crescente número das uniões estáveis, coube à jurisprudência a importante tarefa de impedir as lesões que se tornaram muito frequentes, como acontece nas relações jurídicas em que se deixa solta a liberdade, sem limitações, sem responsabilidades”.³³¹

O primeiro passo para a legalização da união estável veio com o Decreto n.4737 de setembro de 1942, que dispôs sobre o reconhecimento dos filhos naturais. Depois deste, diversos outros benefícios foram paulatinamente sendo concedidos às companheiras, decorrentes de lei.³³²

A Constituição de 1988 legitimou a união estável, conferindo-lhe o *status familiae*. A partir desta, foi promulgada a Lei n.8971 de 29.12.1994, que estabeleceu os requisitos da união estável, impôs o prazo de cinco anos de duração da união ou existência de prole, sendo ainda a primeira lei a reconhecer o direito a alimentos; representou, outrossim, importante avanço para o reconhecimento do direito à meação na partilha de bens, abandonando a ideia de divisão de bens, na proporção do esforço empregado para sua aquisição.

A Lei 9278 de 10.5.1996 reconheceu como entidade familiar a convivência pública, duradoura e contínua entre o homem e a mulher com a finalidade de constituir família-apontando em seu artigo 1º, como requisitos para a união estável, a dualidade de sexos, a publicidade, a continuidade, a durabilidade da relação, estabelecendo direitos e deveres de cunho pessoal e patrimonial aos conviventes.³³³

A doutrina amplia essa conceituação, inserindo: a finalidade de constituição da família, a estabilidade, a unicidade de vínculo, a notoriedade, o informalismo, a ausência de impedimentos matrimoniais, a convivência *more uxório*, a *affectio maritalis*.

³³¹AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 301.

³³²Decreto-Lei n. 7036/44; Lei n.4242/63; Lei paulista de n.2699/54; Lei n.4069/62, diversas leis em matéria previdenciária tornaram-se protetivas da união estável (Lei n.4297/63 revogada pela Lei n.5698/71; Lei n.6194/74 alterada pela Lei n.8441/92; lei n.8212/91 com redação dada pela Lei n.9032/95; Lei n.6015/73).

³³³MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 39-42.

Pode-se ver, assim, que muitos reflexos do casamento encontram-se consignados na união estável, tendo em vista a socialização do direito. No entendimento de Jean Carbonnier “a verdade é que por trás de sua aparência de independência, a união fora do casamento, é como que teleguiada pela presença do casamento ou ainda, anteriormente, pela presença da sociedade”.³³⁴

Pode-se, assim, concluir, que a família formada pela união estável, representa um fato natural e bastante presente na sociedade através dos tempos históricos, legitimada na realidade brasileira pela jurisprudência, por leis esparças até encontrar respaldo constitucional, rompendo assim com a injustiça, o casuismo, o preconceito, permitindo que o homem inserido na tipologia de família que melhor lhe convier, possa tendo sua intrínseca dignidade valorizada, desenvolver os atributos inerentes à sua personalidade.

3.1.2.1. O concubinato

Como formação social natural, as primeiras uniões entre o homem e a mulher ocorriam de maneira espontânea, informal, sem nenhum ordenamento específico que a regulasse. Seriam, na prática, relações puramente concubinárias. Posteriormente, os costumes e a organização jurídica da sociedade trouxeram a formalização legal da família, mas, ao lado desta, subsistiram as uniões informais, concubinárias.³³⁵

Para Álvaro Villaça Azevedo “ao lado das *iustae nuptiae cum ou sine manu*, de que se valiam os cidadãos romanos, pelo *ius civile*, para constituírem suas famílias legítimas, também havia em Roma, o *concubinatus*, marcando-se este pela convivência estável do homem e da mulher, sem a *affectio maritalis* e a *honor matrimonii*”.³³⁶

Leciona Moreira Alves que, em Roma, reconhecia-se o concubinato quando houvesse uma relação estável extraconjugal entre um homem e uma mulher. Relação esta, que no período republicano era ignorada pelo direito. Manifesta-se, entretanto, pela posse do estado de casado e pela apreciação social; desta sorte, as relações públicas e notórias entre pessoas de classes sociais diferentes, impedidas de casar lícitamente, configuravam concubinato.

³³⁴CARBONIER, Jean. *Flexible droit*, cit., p. 222.

³³⁵OLIVEIRA, Euclides. op. cit., p. 71.

³³⁶AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 167.

No direito clássico, o concubinato não produzia efeitos jurídicos de qualquer natureza, situação esta que se modificou no período pós-clássico, sob a égide dos Imperadores Cristãos, que o transformaram em instituto jurídico, embora mantendo inferiorizada a figura da concubina e sua prole, para assim valorizar o casamento convencional (Constantino proíbe as doações à concubina e aos filhos naturais e admite, em caráter excepcional, a legitimação de casamento subsequente. Posteriormente são aceitas pequenas doações à concubina, com Teodósio II e Valentiniano III. Anastácio torna estável o instituto da legitimação do casamento posterior).

No período justinianeu estabeleceram-se as seguintes condições para a existência do concubinato: presença de idade conjugal, inexistência de impedimentos matrimoniais quanto ao parentesco e a afinidade, monogamia. Nesta fase começaram a ser admitidas as doações à concubina, e a possibilidade da legitimação dos filhos pela *legitimatio*, passando desta forma os filhos a adquirir a condição de filhos legítimos.³³⁷

Preleciona Sílvio Rodrigues, que concubinato é a “união do homem e da mulher fora do casamento, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem.”³³⁸

Concubinato pode ser então compreendido como a união livre estabelecida entre o homem e a mulher, com intuito de vida comum, sem a observância das formalidades do casamento, correspondendo por isso à chamada união livre ou informal que abrange tanto as situações de vida em comum de pessoas desimpedidas de casar, como as uniões paralelas ao casamento ou adulterinas.³³⁹

Destaca Álvaro Villaça Azevedo duas espécies de concubinato: O concubinato puro que se apresenta como uma união duradoura, sem casamento ,entre o homem e a mulher desimpedidos, constituindo uma família de fato, sem qualquer detrimento para a família legítima, sendo o caso dos solteiros, divorciados ou viúvos e o concubinato impuro, quando apresentar um cunho adulterino, baseado no estado de casado de um ou de ambos os concubinos; incestuoso ou desleal, ocorrente entre pessoas casadas que mantenham um

³³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. op. cit., p. 320-322.

³³⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. Atualizado por Francisco José Cahali. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 287.

³³⁹ OLIVEIRA, Euclides. op. cit., p. 72.

segundo lar *de fato*. Indica, ainda, o professor, que em detrimento do segundo tipo, só o primeiro teria a proteção do Estado e da própria sociedade.³⁴⁰

Diferencia Carlos Alberto Dabus Maluf a concubina da companheira: “concubina, é a amante, a mulher dos encontros velados, frequentada pelos homens casados, que convivem ao mesmo tempo com sua esposa legítima, é a mulher do lar clandestino, oculto, velado aos olhos da sociedade, como prática de bigamia, paralelamente ao lar legalmente constituído. Já a companheira, por seu turno, é a mulher que se une ao homem, já separado da esposa e que apresenta à sociedade como legitimamente casado”. Sua característica marcante está na convivência de fato, contínua e duradoura, que se demonstra aos olhos da sociedade como se casados fossem. Existe aqui o pressuposto da fidelidade, da exclusividade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento.³⁴¹

O Código Civil de 1916 fez poucas referências ao concubinato, sendo deixada à margem da lei as formas de união consideradas ilegítimas, restringindo os direitos dos concubinos e privilegiando a família tradicional; por outro lado, o Código Civil de 2002, que por um lado reduziu as discriminações referentes aos concubinos, traz uma distinção entre concubinato – art. 1727 “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” – e união estável – art. 1723 “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Dispõe o § 1º- A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente, e o § 2º- As causas suspensivas do art 1523 não impedirão a caracterização da união estável.”³⁴²

O Código Civil reduziu as discriminações incidentes sobre os concubinos, mesmo em relação ao concubinato adulterino. Não é mais previsto o impedimento matrimonial do artigo 183, VII, do Código anterior (relativo ao casamento do cônjuge adúltero com o seu corréu por tal condenado), nem se penalizam mais os filhos advindos dessa união, em face da Constituição Federal que equiparou todos os filhos. Algumas penalidades entretanto, continuam vigorando no novo diploma legal, como: a proibição de doação do cônjuge

³⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 211-212.

³⁴¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Doação em favor da concubina. *Tribuna do Direito*, São Paulo, p. 23, out. 1994.

³⁴² OLIVEIRA, Euclides. op. cit., p. 83. Indica que persistem no Código Civil algumas regras restritivas aos direitos dos concubinos, notadamente no plano patrimonial, tal como prevêm as regras dos artigos 550, 1642, V, 793, 1801, III, 1900, 1803.

adúltero ao seu cúmplice, com a possibilidade de esta ser anulada pelo outro cônjuge ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (art 550); a invalidade da instituição do companheiro como beneficiário de seguro da pessoa, se ao tempo do contrato o segurado não estava separado judicialmente, nem separado de fato (art 793); nulidade do testamento em favor do concubino por testador casado, salvo se separado de fato há mais de cinco anos (arts 1801, III e 1900,V do CC); ilicitude de beneficiar filho do concubino por testamento, salvo se este for comum ao testador.³⁴³

Aduz Regina Beatriz Tavares da Silva que os artigos 1727 e 1723 §1º do Código Civil encontram-se em contradição por possibilitar a constituição de união estável àqueles que, embora impedidos de casar, estão separados de fato, pois neste caso extingue-se a sociedade conjugal, mas permanece o vínculo conjugal impedindo o novo casamento.³⁴⁴

Adotou, tal como aduz Paulo Lobo, uma atitude dúbia quanto a este, uma vez que intencionou o legislador distinguir o concubinato da união estável, incidindo sobre ambos diverso tratamento jurídico, sendo concebido à luz do entendimento jurisprudencial que o concubinato eiva-se de status de entidade familiar, em relação à união estável, vedando-lhe direitos inerentes a este, estando ainda ungido à natureza de relação meramente obrigacional, tal como regulou a Súmula 380 de STF, e prevê o artigo 986 do Código Civil. Entretanto, decorrem diretamente da estrutura familiar os direitos dos filhos advindos da relação concubinária em face do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana, estando, pois, esta relação no mesmo plano das relações estabelecidas pelas demais entidades familiares.³⁴⁵

Isso posto como leciona Álvaro Villaça Azevedo “embora não se devam tutelar as relações de convivência que estejam em contradição com a família fundada no matrimônio, com a separação de fato dos cônjuges desaparece a *affectio* indispensável à estruturação da família, seja de fato, seja de direito, e, assim, com a passagem do tempo, leva-se à verdadeira ruptura do casamento, fazendo com que desapareçam os deveres pessoais dos cônjuges”.³⁴⁶

³⁴³ OLIVEIRA, Euclides. op. cit., p. 83-84.

³⁴⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1891.

³⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 165-166. Julgados: “São indenizáveis os serviços prestados pela concubina durante o período da vida em comum com seu amásio – STJ, REsp 14.746 – SP,1991”; “A sociedade de fato mantida com a concubina rege-se pelo direito das obrigações e não pelo de família. Inexiste impedimento ao que o homem casado, além da sociedade conjugal, mantenha outra, de fato ou de direito, com terceira. Não há de se cogitar de pretensa dupla meação – STJ, REsp 47.103 – SP,1995”.

³⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. op. cit., p. 262.

Ocorre, todavia, que na contemporaneidade, com a mudança de paradigma relativo à formação da família, em observância do princípio da dignidade da pessoa humana, impossível é fechar os olhos para a situação fática que se delineia no concubinato e vedar-lhe as consequências jurídicas oriundas da *affectio* familiar existente.

Nesse sentido, é o pensamento de Gèrard Cornu que observa com muita proficiência que em muitas vezes na vida privada de um casal não coincide a existência do direito e do fato, podendo acarretar situações jurídicas como as decorrentes da separação de fato, onde o casal permanece juridicamente casado – ou seja, preexiste o casamento (elo de direito), mas sem comunhão de vida; em outros casos, como nas uniões de fato, os concubinos permanecem juridicamente desprotegidos, tendo a comunhão de vida sem casamento.

Estas situações levam à reflexão acerca do valor do vínculo legal em face do estado de fato. “O que resta da instituição matrimonial quando da ausência da realidade conjugal? De que vale a relação afetiva de fato, quando se carece de proteção jurídica?”³⁴⁷

Tendo em vista estes valores, além das soluções jurídicas encontradas – a partilha de bens e a indenização -, o concubinato vem sendo valorizado na contemporaneidade, perdendo o seu caráter ilícito. “Assim decidiu o STJ sobre a concessão de seguro de vida realizado em favor da concubina por homem casado que manteve concomitantemente as duas famílias havendo inclusive prole comum em ambas, advindo de uma solução isonômica atendendo-se à melhor aplicação do direito, foi determinado o fracionamento equitativo da indenização securitária – Resp 1000.888- BA, 2001 e REsp 742685-RJ, 2005”.³⁴⁸

³⁴⁷ CORNU, Gèrard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 77.

³⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 166-167. Julgados: “Concubinato-Pedido de indenização por serviços prestados, à partilha do patrimônio e a alimentos. Não é razoável deixar ao desamparo a companheira de mais de uma dezena de anos, o que representa o locupletamento à custa do afeto e dedicação alheia, sendo cabível estimar-se indenização correspondente ao tempo da convivência. Todavia, quando ao alegado direito à partilha e a alimentos, ausente prova de que, durante a relação, bens patrimoniais foram adquiridos pelos conviventes em comunhão de vontades e conjugação de esforços, bem como em relação à existência de uma dependência econômica da autora para com o demandado, não há como reconhecê-los. TJRJ, Ap. 70011093481, 2005.”

3.1.4. Família monoparental

Preleciona Luiz Edson Facchin que “no espaço da pluralidade familiar tem assento a família não matrimonializada. Nesse ninho sem moldura apresenta-se ao lado da união estável, o concubinato e a monoparentalidade. Tem-se que a união estável aproxima-se muito do casamento, em cuja conversão pode ser facilitado, a união livre corresponde a uma união informal não suscetível de conversão, e a família monoparental a que se funda o vínculo de um dos pais e sua prole”. Vem, portanto, fincada em um novo patamar a estrutura familiar contemporânea.³⁴⁹

A família monoparental configura-se de forma desvinculada da ideia de um casal e seus filhos, pois esta é formada pela presença e inter-relação da prole com apenas um dos seus genitores por diversas razões: viuvez, divórcio, separação judicial, adoção unilateral, não reconhecimento da prole pelo outro genitor, inseminação artificial (homóloga- após a morte do marido, ou de mulher solteira; heteróloga), produção independente.³⁵⁰

A produção independente adquiriu um caráter eminentemente contemporâneo, quando deixou de ser encarada como vergonha para a família a gestação e a concepção do filho somente pela mãe, recebendo respaldo moral pela ideologia social dominante e previsão constitucional na Carta de 1988; deixando, assim, de ser considerada um tabu. Encontra-se a família monoparental elencada pela Constituição Federal no seu artigo 226 §4º.

Grandes reflexos na prole são oriundos da monoparentalidade: na ausência do pai, o poder parental concentra-se na figura materna, situação esta que pode, ou não, ser transitória – oriunda do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade, por exemplo; quando originária do divórcio, e se há pai vivo, o poder parental pertencerá a ambos os genitores, estabelecendo-se a guarda, atribuindo-se o direito de visitas, os encargos alimentares.

Tal como aduz Paulo Lôbo, “a família monoparental não é dotada de um estatuto próprio, com deveres específicos, sendo-lhe aplicáveis as regras do direito de família, atinentes às relações de parentesco em geral. Na ocorrência de aquisição de maioridade ou emancipação do filho, deixa de existir o poder parental, reduzindo-se a entidade

³⁴⁹FACHIN, Luiz Edson. op. cit., p. 92-93.

³⁵⁰DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, cit., v. 5, p. 11; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 31-33, 36, 45.

monoparental apenas às relações de parentesco, inclusive no que tange ao direito alimentar”.³⁵¹

Na atualidade, as estatísticas comprovam que um número bastante elevado de famílias são fincadas, sob o véu da monoparentalidade, fazendo-se portanto urgir à lei a sua regulamentação. Em análise ao resultado do censo realizado pelo IBGE em 1990 apontou-se para a marca de 13,9% o total de famílias monoparentais formadas naquele período.³⁵²

Deste, tem-se que a família criada pela mãe e sua prole representa 12,5% dos casos e a formada pelos pais e sua prole 2,4% do total; isso dá-se, entre outros fatores, pela migração ou deslocamento para se obter trabalho, além dos já citados viuvez, divórcio, abandono, ausência, entre outros.³⁵³

Segundo dados fornecidos pelo IBGE, em relação ao Censo Demográfico realizado em 2000, 11,1 milhões de famílias brasileiras são monoparentais chefiadas por mulheres, cuja proporção deu-se nas seguintes bases: 1 em cada 4 famílias, são assim constituídas.

“Há grande predominância materna na composição de famílias monoparentais, chegando a margem de 82,3% contra 17,7% chefiadas por homens em 2004 e anteriormente 95,2% contra 4,6% chefiadas por homens em 2003.”³⁵⁴

Posiciona-se nesse sentido Maria Berenice Dias, para quem a maciça predominância feminina nessas relações familiares aponta para uma oposição ao modelo tradicional de biparentalidade.³⁵⁵

Esse quadro é decorrente, pensamos, da emancipação da mulher, da sua consequente independência financeira, cultural, emocional e mesmo sexual que a outorgou direitos ínsitos de escolha em manter-se ou não em núcleos familiares falidos, ou mesmo de realizar, sozinha, o sonho largamente acalentado de ser mãe.

Leciona Rui Geraldo Camargo Viana que a monoparentalidade representa a antítese real da família natural, mas as evidências dos fatos concretos determinados numericamente, reclamavam o respaldo jurídico para a proteção dos filhos expostos “a

³⁵¹LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 67.

³⁵²LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, cit., p. 130.

³⁵³SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: aspectos polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000. p. 551.

³⁵⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 67.

³⁵⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 193.

toda uma série de discriminações nas relações públicas e privadas, ditadas pelo moralismo cristão casamentário”.³⁵⁶

Prevê Eduardo de Oliveira Leite que “tal opção outrora considerada marginal, tornou-se frequente, justificando uma atitude não mais reticente por parte da sociedade e da própria lei”³⁵⁷

Na atualidade, com o avanço das técnicas de reprodução artificial, “o nexo existente entre sexo e reprodução foi afastado”, tal como contempla Maria Berenice Dias.³⁵⁸

Desta forma, nasce, como pondera Gérard Cornu, a família unilinear, ou seja, cujo parentesco ocorre por uma só linha de ascendência, concebida pelos meios artificiais de procriação, como pondera Rui Geraldo Camargo Viana, “advinda da busca da prole sem sexo, isto é, concebida por meios artificiais”.³⁵⁹

Assim, uma questão bastante controversa surge quando da formação da família monoparental decorrente de inseminação artificial de mulher solteira, entendida como família unilateral. Poderá recorrer à procriação assistida o indivíduo que deseje a procriação mas não deseje formar um casal; assim, como a lei permite a adoção unilateral? Surge então um conflito entre o direito personalíssimo de constituir sua prole e a problemática do novo ser em pertencer a uma família não convencional.

Para tal questão fazemos duas ponderações: a primeira, de que a adoção unilateral mais do que um direito do adotante, vem sendo admitida na lei o interesse preponderante do adotado, que passaria efetivamente a possuir uma família, um lar, com o resguardo dos interesses eventuais da família biológica (à luz dos artigos 43 ,45,46 do ECA e artigo 1625 do Código Civil).

A segunda refere-se explicitamente ao acesso das mulheres solteiras à técnica da reprodução assistida, recusando-se a envolver na decisão da maternidade a presença de um homem que viabilizasse o processo. Daqui dicotomizam-se duas situações: os casos das mulheres solteiras que não mantêm nenhuma ligação estável com um homem, ou as viúvas que pretendem ser fecundadas com o sêmen previamente conservado de seu marido morto. É válido ressaltar que em qualquer dos casos o resultado pretendido traz a circunstância

³⁵⁶VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família, cit., p. 32.

³⁵⁷LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, cit., p. 19.

³⁵⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 196.

³⁵⁹CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 445; VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família, cit., p. 30.

comum de o filho nascer com a ausência da figura social do pai, por decisão unilateral da mulher.

Entendemos que as duas hipóteses referidas supra não se confundem entre si, pois o movimento generalizado do divórcio, ou mesmo das relações rápidas, efêmeras ou eventuais fez aumentar o número de crianças nascidas fora do ambiente matrimonial, oriunda de uma contingência da vida que impõe uma nova organização familiar pior do que seria desejável, do mesmo modo que veio a adoção unilateral atenuar uma triste realidade social de abandono, desespero, isolamento e falta de perspectivas da criança e do adolescente. Contudo, diferem-se essas hipóteses da opção de se facultar o acesso aos meios de reprodução assistida a quem se dispõe deliberadamente de privar o filho de uma linha elementar de parentesco, ou de dar-lhe, residualmente, a família do pai que já morreu.

“Essa hipótese de monoparentalidade é encarada como sendo prejudicial ao filho e colhe por isso na maioria das vezes, a generalizada censura na literatura jurídica”, como dispõe o jurista português António Carvalho Martins.³⁶⁰

Para Maria Berenice Dias, o reconhecimento do princípio da igualdade não admite negar à mulher solteira o acesso às técnicas de reprodução assistida, assim como o planejamento familiar é um direito protegido constitucionalmente no artigo 226§ 7º do nosso Diploma Maior, desde que o interesse do menor seja protegido e o genitor possa fornecer ao menor as condições necessárias ao seu desenvolvimento.³⁶¹

No Brasil, a única norma existente para regular a reprodução assistida é a Resolução 1358/92 do Conselho Federal de Medicina que dispõe no seu inciso II, item 1 que qualquer mulher capaz, de livre e espontânea vontade, pode submeter-se a tal técnica, o que nos permite depreender que esta pode ser solteira, desde que capaz, necessitando, porém, como prevê o item 2 da mesma Resolução e do artigo 1597, V do Código Civil, do consentimento informado do cônjuge ou companheiro, estando a mulher casada ou vivendo em união estável.

A mesma Resolução assegura o sigilo do doador e obriga a instituição que promove a inseminação a armazenar os dados referentes aos aspectos clínicos e genéticos do doador, como a existência de patologias, anomalias hereditárias, entre outros, da mesma forma que assegura o sigilo da identidade da receptora e do nascituro; pois, analogamente à adoção

³⁶⁰MARTINS, António Carvalho. *Bioética e diagnóstico pré natal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996. p. 51 e 71.

³⁶¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 195-196.

que rompe todos os vínculos com a família biológica em nome do princípio da segurança da família constituída, também nas hipóteses de gravidez por inseminação heteróloga o mesmo princípio está em jogo, ficando o doador distante da relação familiar porque desta não faz parte.

Através da reprodução medicalmente assistida, há o surgimento da família monoparental tendo, entretanto, por diferença, como aduz Sônia Brandão Soares que “neste caso a monoparentalidade é uma opção da mulher e não fruto do abandono, vindo a imposição de sigilo do doador corroborar com a ideia de consentimento para perfilhar: no caso não deseja o doador gerar este ou aquele filho específico. Trata-se de ato de mera liberalidade com o fim único de colaborar com um casal, ou com uma mulher independente de estado civil que deseje ter um filho”.

Tal omissão do “pai biológico” enfatiza uma tendência mundial da paternidade para o futuro: a socioafetiva, fundada mais nos laços da afetividade que nos da consanguinidade”.³⁶²

Deste modo, podemos perceber que a Resolução de n.1358/92 do Conselho Federal de Medicina não impõe qualquer limitação de acesso às técnicas reprodutivas à mulher solteira. O Código Civil, em seu artigo 1597,III, tratando sobre a matéria, favorece a monoparentalidade ao permitir a utilização do material genético do marido já falecido na fecundação *post mortem*.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, muito embora não deva ser estimulada, para que seja realizada a inseminação heteróloga de pessoa sozinha, deve-se analisar o melhor interesse da criança, o exercício da autonomia e da liberdade de maneira responsável, associado ao princípio da paternidade responsável e da dignidade da futura pessoa humana, “devendo para tanto, ser analisado por equipe multidisciplinar o requerimento da mulher interessada nesse tipo de procedimento, a fim de que se constate que foram observados os limites impostos pela Constituição Federal bem como destacar o projeto parental existente no campo do planejamento familiar, observando-se analogamente ao disposto nos artigos 29 e 43 do ECA a presença de ambiente familiar adequado e motivos legítimos para receber o novo ser”, sendo que, na falta de uma legislação específica acerca dos aspectos civis da reprodução, oriundos da reprodução heteróloga medicalmente assistida, é perfeitamente possível, por analogia, aplicar-se as

³⁶²SOARES, Sônia Barroso Brandão. op. cit., p. 557.

regras contidas no ECA, em matéria de planejamento familiar, levando-se em conta, para tanto, a presença de afetividade com o novo ser, compatibilidade com a medida adotada no sentido de se estabelecer um projeto de vida que propicie a inclusão do filho que virá, visando seu bem-estar e consequente desenvolvimento de sua personalidade.³⁶³

À luz da legislação pátria, a reprodução oriunda de inseminação artificial homóloga, gera a presunção de paternidade prevista no artigo 1597, III e IV do Código Civil, pois o material genético utilizado pertence ao casal, mesmo se falecido o marido. Já no caso de inseminação artificial heteróloga, realizada com a utilização de material genético de doador, a presunção de paternidade não prevalece em relação ao doador, tal como se extrai da Resolução 1358 do CFM, que prevê o anonimato do doador, caráter altruístico e gratuidade; mas em se tratando de mulher casada ou convivente em união estável, primaz se faz a anuência do marido ou companheiro, estabelecendo-se, assim, a presunção de paternidade, e consequente liame parental socioafetivo, independente de carga genética, tal como previsto no artigo 1597, V, do Código Civil.

Da mesma forma entendemos não ser cabível promover-se ação de investigação de paternidade pelo filho em face do pai doador anônimo de material genético, tal como dispõe o a Resolução de n.1358/92, IV, 1 a 4 do CFM, pois tal prática decorre não da persecução da parentalidade, mas do caráter altruísta do doador, que cede voluntariamente seus gametas para serem utilizados por outrem (desconhecido), positivado na doação, o que isenta bilateralmente o estabelecimento de relação de parentesco – seja jurídico, natural ou socioafetivo; embora entendamos que subsista o direito personalíssimo de se buscar a identidade genética, necessária às vezes até por motivo terapêutico, como já anteriormente referido.

Entretanto, subsiste o direito personalíssimo do filho gerado pelos métodos artificiais de concepção de buscar o conhecimento de sua verdade biológica, sem, no entanto, alterar-se-lhe o *status familiae* anterior, pois representa direito personalíssimo do indivíduo o conhecimento de sua ascendência genética, excluindo-se todavia, os efeitos patrimoniais e sucessórios.

Trouxe-me à luz o jurista português Paulo Otero, quando da questão do reconhecimento pela Constituição Portuguesa do direito à identidade pessoal, visando

³⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 783 a 785; ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 18 e 28.

“garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível, fincada na sua exclusiva personalidade física e psíquica, tendo cada um sua identidade definida em face da sua memória familiar, conferida pelos seus antepassados, assumindo um especial destaque aos seus genitores, podendo-se desta forma, falar-se num direito à historicidade pessoal, donde advém o nome como prova maior da filiação e da inserção daquela determinada pessoa a determinado ambiente familiar”, sendo o direito à biparentalidade um direito personalíssimo do ser humano. Direito este que já se encontra constricto na inseminação artificial *post mortem*.³⁶⁴

Logo, não obstante o direito individual à procriação, tem o filho o direito de conhecer sua identidade genética, sua ascendência, que traduz-se como prova de sua história pessoal ou da memória que se possui em face da sociedade em geral. O conhecimento do patrimônio genético, em virtude dos avanços das ciências modernas, representa importante elemento na prevenção ou na cura de certas patologias, sendo importante não só para o processo identitário, mas é um direito da personalidade do cidadão.³⁶⁵

Neste sentido foi também o voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial nº 4987/91 da 4ª Turma do STJ, Pr nº 900008966-2: “Saber a verdade sobre a sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei ou nenhuma Corte pode frustrar”.

Em observância à norma constitucional que expressamente cuida do planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão pelo casal, respeitando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como indica o art 226§7º da Constituição Federal, que passou a regular, em nível infraconstitucional, normas de respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também ao homem e à mulher individualmente, não podendo o Estado interferir na sexualidade nem na atividade

³⁶⁴OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Lisboa: Almedina, 1999. p. 72; GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*, cit., p. 59. Para Teixeira Giorgis diversos problemas jurídicos advém da inseminação artificial post mortem: a ausência da biparentalidade biológica, pois o filho já nasce órfão de pai, problemas sucessórios. Também assim se posiciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, para quem deve-se privilegiar o melhor interesse da criança, que no caso, já nasce sujeita a uma estrutura familiar parcial. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 784.

³⁶⁵MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direitos da personalidade e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana, cit., p. 86-88.

reprodutiva da pessoa, inadmitindo-se, como entende Flávia Piovesan, “coerção, discriminação e violência na opção individual.”³⁶⁶

Encontram-se as seguintes assertivas no direito alienígena:

À luz da Constituição Portuguesa, ninguém pode de forma intencional consentir ou participar num processo de procriação artificial que vise criar uma vida humana privada de família ou de uma estrutura biparental de filiação. Fala-se na existência de um direito à biparentalidade biológica. Desta forma, o mesmo diploma legal exclui a viabilidade da inseminação artificial *post mortem*.³⁶⁷

Nota-se aqui os dois lados do direito da personalidade: a liberdade de constituir uma família, que envolve a criação de certos deveres e a privação de certos direitos em se prevalecendo o interesse precípua do menor.

A inseminação artificial com doador acarreta, no entender jurista português António Carvalho Martins, o problema da intervenção de um estranho na vida familiar. A inseminação heteróloga desequilibra os papéis representados pelo casal e seus filhos, pois uma problemática que se impõe é relativa à informação que o filho nascido deste método deve possuir sobre as circunstâncias relativas à sua concepção e sobre o seu pai biológico. A Constituição portuguesa reconhece o direito à identidade pessoal como um direito fundamental da pessoa. O conhecimento da ascendência genética é um direito da personalidade que deverá prevalecer sobre o anonimato do doador.³⁶⁸

Em termos constitucionais, ao lado do personalíssimo direito de procriação, expressão do direito de constituir família (e o seu correlato direito de recusar a procriação), valendo-se de uma interpretação extensiva e atual desse direito, nada obstará de recorrer-se às novas técnicas de reprodução medicalmente assistidas.³⁶⁹

Na Suécia – que só permite a reprodução medicalmente assistida a um casal - , e nos EUA, reconhece-se ao filho o direito de saber a identidade genética de seu progenitor, pois sustenta-se que a informação completa sobre a origem biológica é um aspecto fundamental

³⁶⁶PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 201.

³⁶⁷OTERO, Paulo. op. cit., p. 76.

³⁶⁸MARTINS, António Carvalho. op. cit., p. 53-55.

³⁶⁹OTERO, Paulo. op. cit., p. 19-20.

da identidade da pessoa, sem que isso determine para o progenitor que ele tenha que desempenhar o seu papel de pai, com direitos e obrigações correspondentes.³⁷⁰

Isto também é o que preconiza a legislação alemã, segundo a lição de Wilfried Schlüter “o direito ao conhecimento à própria ascendência, deriva do direito geral da personalidade, art 2 al 1 em conexão com o art 1 al 1 da GG, em princípio reconhecido pelo Tribunal Constitucional, não compreende somente o conhecimento da paternidade genética, mas também da maternidade. Portanto pode a criança exigir, em princípio, a informação sobre sua ascendência genética em relação a qualquer dos pais”.

A Associação Médica, quanto ao Relatório Benda, o mais importante documento alemão sobre procriações assistidas - limitaram a utilização das técnicas de reprodução apenas aos casais casados e, excepcionalmente, aos casais não casados, o que influenciou a legislação editada – Embryonenschutzgesetz de 1990 -, ao proibir o emprego de tais técnicas aos celibatários.³⁷¹

A legislação francesa não entende a procriação assistida como um direito à maternidade, mas é apreciada diante das circunstâncias de cada caso concreto, dentro dos limites das leis de bioética; procuram restringir a inseminação a hipóteses de casais estéreis ou a concubinos heterossexuais. Para Gérard Cornu, seu entendimento é pela inadmissibilidade do ato, pois este altera toda a finalidade da procriação assistida. “A liberdade da mãe sobre seu corpo não inclui o direito de mutilar a ascendência de um outro ser e privá-lo do direito de conhecer seu pai, privá-lo de um estado, o estado de filho ;o direito de torná-lo deliberadamente um órfão excede os limites razoáveis de uma vontade individual isolada”. Desta forma, toda argumentação de uma mulher solteira para a procriação individual assistida é nula. A lei de 29.7.1994 consagra essa exclusão.³⁷²

O Código de Saúde Pública francês privilegia em seu artigo 152,1, que a reprodução assistida destina-se a suprir problemas de infertilidade do casal em idade reprodutiva que faça prova de seu casamento anterior ou comprove sua vida em comum de

³⁷⁰Nos Estados Unidos, rege-se a reprodução medicalmente assistida pelas leis: Uniform Parantage Act de 1973 e 1987; Uniform Status of children of assisted conception Act de 1997; Human fertilisation and embryology Act de 1990.

³⁷¹SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família BGB – Familienrecht*. 9. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 339-342; vigoram na Alemanha as leis KindeRG – que reformou o direito à descendência e a Embryonenschutzgesetz de 1990- que dispõe sobre a proteção dos embriões.

³⁷²CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 464.

pelo menos dois anos, art.152,2. Entretanto, a inseminação artificial *post mortem*, utilizando o material genético do marido morto, não é admitida.³⁷³

Tais disposições importam restrições à concepção *in vitro* de pessoa celibatária – não gerando presunção de paternidade, ou mesmo de um casal homossexual. Apesar de existir um posicionamento no parlamento europeu de estender, pelo princípio da igualdade, contido no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o benefício reprodutivo aos casais homossexuais.

Em face das deliberações legais em matéria de bioética na França, “veda-se” o anonimato do doador de material genético, na reprodução assistida heteróloga, como ocorre na composição da família unilinear, pois o conhecimento de sua identidade genética é direito garantido constitucionalmente, ao lado do conhecimento da identidade dos pais biológicos, muito embora o liame parental seja atribuído à socioafetividade. O Parlamento Europeu estabelece através da Resolução de 16.3.1989 a proibição do anonimato do doador em fertilização *in vivo e in vitro*.³⁷⁴

A legislação espanhola, com a Ley de Técnica de Reproduccion Assistida de n.35 de 31.5.1988, modificada pela Lei 45/2003 e esta pela Lei 14/2006, sancionada pelo Rei Juan Carlos, possibilitou em seu artigo 6º, o acesso às técnicas de reprodução assistida a qualquer mulher maior e capaz, independentemente de seu estado civil ou orientação sexual, mediante o fornecimento de consentimento livre e informado.³⁷⁵

No direito italiano, as técnicas de reprodução assistida vêm reguladas pela Lei de n.40 de 19.2.2004 e permite a procriação artificial somente para o casal ou aos conviventes, e idade potencialmente fértil, mediante comprovação de necessidade terapêutica como dispõe o artigo 4º e mediante o fornecimento expresso do consentimento informado do casal, que pode, a seu turno, ser revogado unilateralmente até o momento do procedimento, como dispõe o artigo 6º.³⁷⁶

³⁷³BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit de la famille*, cit., p. 93.

³⁷⁴A reflexão ética sobre temas de medicina preventiva e a realização de testes genéticos encontra-se largamente aprofundada no continente europeu, e em especial na França, notadamente no âmbito da implantação de políticas públicas, pois adverte-se do duplo grau de consequências pessoais advindas da especulação genética na vida do indivíduo: o impacto que esta representa nas relações sociais e familiares e os reflexos econômicos que dela são decorrentes. In: CONSEIL D'ÉTAT. *Les Lois de Bioetique: cinq ans après: les études du Conseil d'État. Adoptées par L'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999*. La Documentation Française, 1998. p. 113-114.

³⁷⁵DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de familia*, cit., v. 4, p. 251-252; Ley 14/2006 que regula as técnicas de reprodução assistida na Espanha.

³⁷⁶BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia*, cit., v. 2, p. 402.

Em observância à norma constitucional que expressamente cuida do planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão pelo casal, respeitando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como indica o art 226§7º da Constituição Federal, que passou a regular, em nível infraconstitucional, normas de respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também ao homem e à mulher individualmente, não podendo o Estado interferir na sexualidade nem na atividade reprodutiva da pessoa, inadmitindo-se como entende Flávia Piovesan “coerção, discriminação e violência na opção individual.”³⁷⁷

Desta forma, sendo de fundamental importância a família para o desenvolvimento adequado do ser humano, à luz dos princípios e garantias constitucionais em matéria de maternidade, paternidade e filiação visa-se com supremacia o bem estar da criança e do adolescente, no sentido de garantir-lhes o direito à vida, à dignidade, à honra, e principalmente o acesso ao seu estado familiar.

Tal como sintetiza Paulo Lôbo, a família monoparental, por seu turno, extingue-se com a morte do genitor monoparental, ainda que tenha sido designado um tutor para os filhos menores, quando cessar-lhes a dependência ou constituírem nova família.³⁷⁸

3.2. Novas modalidades de família

Além das formas de família presentes nos Documentos Legislativos pátrios, conhece a realidade fática outras formas de relacionamento duradouro e efetivo, fincado no afeto, que vêm paulatinamente ganhando visibilidade e reconhecimento legal em diversos países do mundo, visto que o respeito à dignidade da pessoa humana, a valorização dos direitos humanos e o exercício da tolerância advindo do respeito da diferença tem-lhes garantido um lugar cada vez mais destacado no panorama legislativo das diversas nações mundiais.

Podemos destacar entre estas mais recentes formas de família aquela formada por indivíduos do mesmo sexo, e também a formada nos estados intersexuais.

³⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, cit., p. 201.

³⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*, cit., p. 68; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais*, cit., p. 21-23.

3.2.1. A família homossexual

A evolução dos tempos, da história, da cultura, do pensamento, da estrutura política, propiciou o aparecimento de novas estruturas para compor a unidade familiar.

Entende-se assim que a família é um fato natural, oriunda da própria natureza humana, que surge à margem de qualquer convenção a ser estabelecida, que tem, por seu turno, o condão de regulamentar esse fenômeno que se dá naturalmente, oferecendo-lhe contornos legais rígidos.

Tem-se, desta forma, que “a família é um fato natural, o casamento, uma convenção social. O homem, por seu turno, deseja obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à sua natureza íntima. Assim, visa constituir uma família, dentro da lei se possível, fora da lei, se necessário.”³⁷⁹

Nesse sentido é a lição de Rui Geraldo Camargo Viana, para quem “O Estado, em sua função de positivador da norma, regulamenta a família, segundo uma visão política, modelando-a conforme a conveniência e a função social dela esperada, desta forma estende sua proteção regulamentadora não só à família constituída pelo matrimônio mas a todas as outras entidades familiares que são igualmente merecedoras de sua proteção”.³⁸⁰

Tal como concebe Richard Mohr, a assunção de um relacionamento estável e duradouro, com intimidade, cumplicidade e afetividade, visando a mútua proteção e a consequente formação de uma família é que determinará a existência de um “casamento” entre dois pares.³⁸¹

A atual Constituição Federal ofereceu proteção à família em seu artigo 226, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, em seu § 3º estendeu essa proteção à união estável, reconhecendo-a como entidade familiar, e em seu § 4º estendeu sua proteção também à família monoparental, cuja definição e características foram longamente debatidas supra, produzindo então uma profunda revolução social ao emprestar juridicidade a novas formas de vínculo não sacramentados pelo matrimônio, quebrando a

³⁷⁹PEREIRA, Virgílio de Sá. *Lições de direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 8; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução, cit., p. 21.

³⁸⁰VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família, cit., p. 35.

³⁸¹MOHR, Richard. What's marriage anyway? p. 1-3. Disponível em: <<http://www.buddybuddy.com/parteners.html>>.

hegemonia deste para a formação da família. Não foi, porém, estendida expressamente a proteção estatal aos homossexuais, que na atualidade reclamam a sua proteção.

Dentro da dificuldade da conceituação exata da família, mas conhecendo o seu caráter agregador do ser humano, desde o momento do nascimento, ou até mesmo antes dele, no entender de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “confunde-se a história da família com a da própria humanidade”.³⁸²

Nesse sentido, concebe Luiz Edson Fachin que “o compromisso com a cidadania impõe uma nova forma de caminho para o reconhecimento da formação familiar, e para tanto, amplia-se o entendimento do direito de família para além do estabelecido no Código Civil, valendo-se para tanto dos princípios instituídos pela Carta Constitucional, e pela formação jurisprudencial, para compreender e reconhecer a dinâmica dos novos tempos”.³⁸³

Correlaciona ainda a gênese dos novos conceitos de família à valorização do afeto, como valor jurídico preponderante para a composição do estado familiar, “e que por sua vez inscreve o homem numa trajetória de direitos subjetivos onde o espaço do poder se abre para o terreno da liberdade de ser, ou de estar, e como se quer ser ou estar”.³⁸⁴

Para Maria Berenice Dias, “a busca pela felicidade levou ao surgimento de novas famílias, que florescem vincadas pelo afeto onde o que se deseja é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com a liberdade individual desta forma esboçam-se na atualidade novas modalidades de família, mais igualitárias nas relações de sexo, menos sujeitas à regras e imposições”.³⁸⁵

Para enfrentarmos a questão da família formada por indivíduos do mesmo sexo, então denominada família homoafetiva, necessário se faz realizar uma abordagem inicial do homossexual, entendendo sua etiologia, os desdobramentos pertinentes e a sua consequente inserção no mundo jurídico.³⁸⁶

³⁸²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Família e casamento em evolução*, cit., p. 16.

³⁸³FACHIN, Luiz Edson. op. cit., p. 1-2.

³⁸⁴Id. Ibid., p. 3-6.

³⁸⁵DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 49.

³⁸⁶O termo família homoafetiva foi cunhado por Maria Berenice Dias.

3.2.1.2. Homossexualidade – considerações preliminares

No que tange à identidade sexual, ampla é a abordagem temática que abrange a inserção do homossexual. De essência multifacetada, a determinação de sua conjuntura passa pelos campos da medicina, da sociologia, da psicologia, da filosofia, e, logicamente, do direito.

Para iniciar a abordagem de tão complexo tema acreditamos ser necessário tecer um panorama, mesmo que simplificado, sobre o homossexual, que entendemos como um ser que sofre de uma variação do impulso sexual e da afetividade, uma vez que em maior ou menor grau, sente-se atraído sexual e afetivamente por pessoas do mesmo sexo.

Completa essa concepção Débora Caús Brandão, para quem pode-se inicialmente definir o homossexual como “pessoa que se relaciona sexualmente, quer de fato, quer de forma fantasiosa, imaginária, com parceiros pertencentes ao mesmo sexo que o seu, mantendo-se, todavia, satisfeita com seu sexo biológico”.³⁸⁷

Aduz Robert H. Hopcke que a homossexualidade tece contornos à delimitação da personalidade do indivíduo, dando-lhe uma forma concreta que em muitas vezes exige que este trilhe um caminho muito particular.

Conclui que “a descoberta da própria homossexualidade é em geral um momento significativo no desenvolvimento da personalidade o ‘assumir-se’ é muitas vezes o primeiro passo da longa trajetória chamada por Jung e seus adeptos de individuação, o estabelecimento de uma personalidade própria e individual com profundidade e substâncias verdadeiras”.³⁸⁸

A construção social do desejo implica na coexistência de um complexo de emoções que se originam num predeterminismo biológico, na natureza mais íntima da existência. Leciona Martha C Nussbaum que “é um dado precultural, no qual as interpretações cognitivas aprendidas na convivência desempenham um diminuto papel, pois o desejo

³⁸⁷ BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

³⁸⁸ HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*, cit., p. 14-15; HARVARD Law Review. *Sexual orientation and the law*. Harvard University Press, USA, 1990. p. 2.

consiste em fazer determinado objeto desejável, sinteticamente, ele está em nossa cabeça”.³⁸⁹

Para Stéphane Clerget, a homossexualidade é uma construção social que se estabelece em virtude de um processo interativo de classificação social e autoidentificação.³⁹⁰

Outrora considerada doença ou perversão, as principais organizações mundiais de saúde não mais consideram a homossexualidade uma doença. Desde 1973 deixou de ser considerada como tal pela Associação Americana de Psiquiatria, sendo, na mesma época, retirada como tal do Código Internacional de Doenças (CID – 10).

A posição adotada pela Associação Americana de Psiquiatria em 1992 “A homossexualidade por si não implica em nenhuma debilidade de julgamento, estabilidade, ou habilitação social de nenhuma natureza. Assim a Associação Americana de Psiquiatria clama às demais organizações mundiais em saúde, às Organizações Psiquiátricas e profissionais da área em diversos países a repelir em seus países a criminalização dos atos homossexuais. APA chama também essas Organizações e profissionais individuais a fazer o possível para reduzir o estigma da homossexualidade onde e quando este ocorrer”.³⁹¹

A Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, OMS, em 17 de maio de 1990, retirou a homossexualidade de sua lista de doenças mentais, declarando que a homossexualidade “não constitui doença, distúrbio ou perversão”, mas sim um estilo de comportamento, geneticamente prevalente.³⁹²

No que diz respeito aos distúrbios de gênero, estudos têm se aprofundado na medicina, na psicologia e na biologia, especialmente no campo da genética.

Diversos fatores são predisponentes para a homossexualidade: genéticos, hormonais, ambientais, psicológicos, relacionais. Expressam tanto a ideia de semelhança, igualdade ou analogia com o sexo que o indivíduo almeja ter, quanto significa a expressão da sexualidade com outra pessoa do mesmo gênero que o seu.

³⁸⁹ NUSSBAUM, Martha C. Constructing love, desire and care. In: ESTLUND, David M.; NUSSBAUM, Martha C. (Eds.). *Sex, preference and family: essays on laws and nature*. New York: Oxford University Press, 1997. p. 26.

³⁹⁰ CLERGET, Stéphane. *Comment devient-on homo ou hétéro*. Paris: Ed. Lattès, 2006. p. 74.

³⁹¹ Homosexuality – Position Statement- Approved by the Board of Trustees, December 1992 - This position statement was proposed by the Committee on Gay, Lesbian, and Bisexual Issues of the Council on National Affairs. Number 199216.

³⁹² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. op. cit., p. 68.

Como informa Roberto Graña, “os desvios sexuais geralmente têm sua gênese na infância, fruto de um pré-determinismo primitivo que se origina basicamente nas relações parentais das crianças, desde a sua concepção até os 3 ou 4 anos de idade, influenciado pelo ambiente no qual ela se desenvolve, manifestando-se todavia preponderantemente a partir da puberdade”.³⁹³

Os fatores genéticos e hormonais são bastante atuantes no desenvolvimento da sexualidade e do comportamento reprodutivo. Como se sabe, o comportamento sexual está intimamente relacionado ao comportamento reprodutivo, assim, as bases fisiológicas de ambos estão, obviamente sobrepostas. São eles regulados primariamente através da ação de hormônios lançados na circulação sangüínea pelas glândulas sexuais e pela hipófise (sendo que a reprodução humana, assim como outros processos fisiológicos importantes é realizada pelos hormônios adeno-hipófise).³⁹⁴

Como bem retrata Marcus Lira Brandão, existem vários fatores que atuam em diferentes estágios do desenvolvimento humano para determinar o comportamento sexual que o indivíduo irá manifestar na idade adulta. Entre estes, destaca o meio hormonal perinatal, a socialização pré-puberal, os hormônios puberais e os parceiros sexuais disponíveis.

Durante a vida perinatal os hormônios sexuais contribuem decisivamente na determinação da diferenciação sexual que se manifestará mais tarde de forma mais proeminente através do caráter cíclico do comportamento reprodutivo no sexo feminino, que por sua vez se encontra submetido aos estímulos da glândula pituitária, que a seu turno se encontra sob o comando do cérebro. Tem-se demonstrado, através de experimentos clínicos, que é possível alterar a forma com que o cérebro controla o sistema endócrino nas fases iniciais da vida, ou seja, é possível alterar o sexo do cérebro experimentalmente.

Assim, a secreção hormonal anômala, aliada à influência matriz do *stress* nessa fase inicial de diferenciação sexual, pode levar a uma alteração do comportamento sexual em face do sexo cromossômico, uma vez que a liberação de beta-endorfina no *stress* suprime a

³⁹³ BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. op. cit., p. 17-18; DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 31.

³⁹⁴ Todavia, como demonstrou Stéphane Clerget, o fator genético não é preponderante na gênese do comportamento homossexual, visto que, em se analisando gêmeos idênticos, a incidência de homossexualidade em ambos é de 52%, no caso de gêmeos bivitelinos a probabilidade é de 22%, no caso de irmãos biológicos os números apontam para 9,2% e de irmãos adotivos para 10,5%. In. CLERGET, Stéphane. op. cit., p. 80.

produção de testosterona no feto. O envolvimento desses mecanismos no aparecimento da homossexualidade no homem não pode ser descartado.³⁹⁵

Após o nascimento, as gônadas de ambos os sexos tornam-se relativamente latentes até a puberdade. Durante a infância, a experiência social e a aprendizagem ou reforçam e fortalecem as predisposições comportamentais ou as contrariam. Se existir uma boa correlação entre o sexo anatômico, predisposições comportamentais determinadas no período perinatal e socialização adequada, emergirá uma personalidade heterossexual estável, caso contrário, algum grau de conflito ou anormalidade poderá ocorrer, como bem relatou Lira Brandão.

Assim, podemos observar a importância do impacto (ou a falta) do hormônio masculino sobre o cérebro para a determinação da identidade sexual do indivíduo, que será resultado da interação entre o cérebro em desenvolvimento e os hormônios sexuais.

Sintetiza ainda, que “o estudo dos controles fisiológicos do comportamento sexual pode facilitar enormemente a compreensão das motivações sexuais na espécie humana, mas é óbvio que a psicofisiologia não pode responder a todas as questões”.³⁹⁶

No amparo da psicologia, a psicanálise Freudiana enfoca a sexualidade segundo as diferentes fases do desenvolvimento humano: a identificação com o mundo e com a família, a fase do complexo de Édipo, a fase de descoberta do próprio corpo e do prazer oral, até chegar à adolescência com a vivência das pulsões sexuais.³⁹⁷

À luz da concepção junguiana, a sexualidade representa uma pluralidade de impulsos separados constituídos de vários componentes mais ou menos fixos. A homossexualidade se traduziria por uma adaptação imperfeita à realidade externa ou mesmo por uma baixa capacidade relacional. Representa também um grau de imaturidade psicológica baseada em transferências inadequadas em relação aos pais; uma projeção inadequada de conteúdos psíquicos (identificação versus projeção; arquétipo *anima/animus*); perturbação no relacionamento com as mulheres (mãe). O que Jung considera imperfeito nesses casos não é nem a homossexualidade nem a

³⁹⁵ BRANDÃO, Marcus Lira. *As bases psicofisiológicas do comportamento*. São Paulo: EPU, 1991. p. 51-52.

³⁹⁶ Id. Ibid., p. 52-55.

³⁹⁷ CLERGET, Stéphane. op. cit., p. 187.

heterossexualidade em si, mas a natureza inconsciente dos conteúdos psíquicos projetados, daí a natureza muitas vezes mal-orientada da paixão sexual.³⁹⁸

Independentemente da gênese multifatorial de seu caráter, é reconhecido que o homossexual merece respeito e segurança jurídica em suas relações afetivas e patrimoniais.³⁹⁹

Para Stéphane Clerget, num enfoque neurobiológico a homossexualidade faz parte da composição da natureza humana. Ademais de seus caracteres multifatoriais, firma-se mediante a repetição de atividades prazerosas adquiridas a partir de potencialidades inatas.⁴⁰⁰

Estudos sobre a sexualidade enfatizam que a história da criação da homossexualidade e seus termos permite compreender o fato de que a dita *normalidade* depende da estigmatização, da subalternização de identidades para se consolidar socialmente, num universo compreendido por uma heteronormatividade, assim como a forma pela qual se manifesta a orientação sexual do indivíduo e sua identidade de gênero vão refletir diretamente na maneira como ele será considerado no meio social.

Entendemos que para se realizar uma melhor compreensão do tema que abrange a diversidade sexual deve-se abordar as variáveis da identidade sexual, três tópicos correlatos, embora distintos: a definição de sexo, de gênero e de orientação sexual.

Quanto à definição de sexo, este retrata as características biológicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos. Não determina, por sua vez, a identidade de gênero nem a orientação sexual do indivíduo.

O gênero representa um conceito mais abstrato, eivado de subjetividade, não representa uma questão biológica, mas indica um papel social desempenhado na coletividade pelo ser. Para Judith Butler representa uma interpretação cultural do sexo, um construído identitário.⁴⁰¹

³⁹⁸ HOPCKE, Robert H. op. cit., p. 35-53; MILMANIENE, José E. *Extrañas parejas: psicopatología de la vida erótica*. Buenos Aires: Paidós, 2000. p. 42-43.

³⁹⁹ RODRIGUES, Irene; BEO, Cintia. União homoafetiva: aspectos civis e constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 99, p. 664, 2004.

⁴⁰⁰ CLERGET, Stéphane. op. cit., p. 150, 173.

⁴⁰¹ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 24-26.

Quanto à orientação sexual esta indica o impulso da energia sexual de cada indivíduo, ou seja, aponta para a forma como o indivíduo vai canalizar a sua sexualidade.⁴⁰²

Assim sendo, os três indicadores representam as expressões da vivência social de uma pessoa. Perceber essas possibilidades entre outras é perceber a diversidade sexual e respeitar a diversidade humana.

Para Robert H. Hopcke “a idéia de que a orientação sexual é na realidade uma gama de comportamentos e identidades e não uma condição, de que a homossexualidade é uma das muitas variações normais do comportamento sexual humano foi comprovada pelos vários estudos realizados por Kinsey, demonstrando a sua utilidade teórica na compreensão desse comportamento”.⁴⁰³

Para Adriana Nunan, a homossexualidade pode ser definida tanto pelo comportamento sexual do indivíduo quanto pelos seus sentimentos e atração em relação à outras pessoas portadoras do mesmo sexo biológico que o seu, ou ainda pela sua auto-identificação como homossexual.⁴⁰⁴

Na atualidade, muito se fala na questão do homossexual; no mundo inteiro, manifestações populares têm sido feitas; dentre os efeitos jurídicos que se procura alçar com tudo isso está o amparo legal dos homossexuais e transgêneros, sua inserção na sociedade, a higidez de sua identidade psíquica, bem como o seu reconhecimento como entidade familiar.

Em face do exposto, podemos concluir que a orientação sexual, quer para heterossexuais, quer para homossexuais não parece ser algo que uma pessoa escolha. Alguns estudos recentes indicam que a orientação sexual tem uma grande influência genética ou biológica sendo, provavelmente, determinada antes ou pouco depois do nascimento. Sendo estes estudos não conclusivos, é irresponsável assumir que a homossexualidade é uma escolha. Tal como os heterossexuais, os homossexuais descobrem a sua sexualidade como um processo de crescimento. A única escolha que o

⁴⁰²Aponta Robert H. Hopcke que a orientação sexual de um indivíduo não é simplesmente um aspecto fortuito e sem importância da formação da sua personalidade, mas engloba as inúmeras experiências pessoais e elementos arquetípicos que se fundem em diversos momentos da vida de cada indivíduo para moldar a expressão interpessoal de sua sexualidade.- HOPCKE, Robert H. op. cit., p. 142-143.

⁴⁰³Kinsey elaborou minucioso estudo sobre a sexualidade humana no século XX. HOPCKE, Robert H. op. cit., p. 16.

⁴⁰⁴NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. Rio de Janeiro: Ed. Caravansaraí, 2003. p. 158.

homossexual pode tomar é a de viver a sua vida de acordo com a sua verdadeira natureza, ou de acordo com o que a sociedade espera dele. Descrever a homossexualidade como um simples caso de escolha é ignorar a dor e confusão por que passam tantos homens e mulheres homossexuais quando descobrem a sua orientação sexual. Seria absurdo pensar que esses indivíduos escolheram deliberadamente algo que os deixaria expostos à rejeição por parte da família, dos amigos e da sociedade. Este preconceito também ignora todos os homossexuais que tentaram viver a sua vida como heterossexuais, escondidos atrás de uma fachada de casamento, sempre sentindo um vazio e falta de realização pessoal.

Há ainda muito a aprender sobre a sexualidade humana.

3.2.1.3. Evolução histórica dos direitos dos homossexuais

Os registros arqueológicos mais antigos apontam para 12.000 aC na Era Paleolítica, a presença de pinturas que apontavam para relações sexuais entre mulheres. Também na Era Mesolítica – 5000 aC – encontram-se presentes vestígios de homoerotismo em cavernas na região de Addara, na Sicília.

Registros apontam entre os Sumérios o encontro da mais antiga epopeia preservada pela história, a Epopéia de Gilgamesh – 2500/2800 aC. Esta inclui o relato da primeira história de amor homoerótico retratada que se tem notícia.⁴⁰⁵

Na civilização egípcia, embora não se disponha de documentos legais sobre o tema, encontram-se resquícios de práticas homossexuais em pinturas datadas do século XXVI aC. Ou mesmo desenhos em tumbas.⁴⁰⁶

Na antiguidade, o homossexualismo era uma presença destacada. Os registros mais conhecidos do tema foram resgatados da história grega. Durante os séculos VII a VI aC, a Grécia antiga vivenciou grandes fatos históricos, representados através de sua arte, onde a homossexualidade era abordada através dos deuses, dos heróis, dos mitos e das lendas.

Referiu Platão, em *O Banquete*, que inicialmente três eram os gêneros humanos: o masculino, o feminino e o andrógino, sendo ainda o ser humano apresentado em tamanho duplicado daquele que se apresenta na atualidade. Dotados de força e vigor, aliados a uma

⁴⁰⁵TOURNIER, Paul. *Os gays na história*. Lisboa: Editorial Estampa, 2006. p. 14.

⁴⁰⁶SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1995. p. 32.

grande presunção, esses seres, despertando a ira do deuses, foram divididos ao meio, enfraquecidos. A busca pela completude em sua tipologia inicial deu vazão para que se instaurassem os comportamentos homossexuais masculino ou feminino, ou heterossexual.⁴⁰⁷

Bastante frequente na Grécia, era ligada à intelectualidade, à estética corporal – muito em voga no período-e mesmo à ética comportamental, onde, segundo o historiador grego Plutarco, apontava diversos estadistas como Sólon (homem de estado, legislador e poeta lírico de Atenas) em manter relações homossexuais, como este, no caso em tela, com Peisistratos.⁴⁰⁸

Ou seja, naquela época, tanto as relações homossexuais quanto as bissexuais eram encaradas com naturalidade, ou mesmo com um sobrevalor, sendo comuns os registros históricos de afeição e convivência duradoura.⁴⁰⁹

Mesmo Platão referiu que a inclusão apenas de homens nas academias- segregação dos sexos- assim como o culto ao corpo, levavam à prática de relações homoeróticas.⁴¹⁰

Conforme pode-se perceber em Platão, o amor entre pessoas do mesmo sexo não escandalizava, mas, também não era fomentada. “Parece ter sido produto da vida nômade dos dórias, mas sobretudo, foi a educação espartana, de caserna, que deu origem a que esse comportamento tomasse raízes na Grécia. Era, em certos lugares, uma verdadeira instituição pública. Em Creta, quando os moços entravam na idade viril e não encontravam um amante eram considerados pelos rapazes como uma vergonha”.⁴¹¹

Na Grécia antiga, os homens conviviam e disputavam a supremacia com homens, onde "o ideal de excelência era masculino", tendo esta, ainda, uma função política e social, representando um ponto de referência histórica constante.⁴¹²

⁴⁰⁷ PLATÃO. *O Banquete*. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2005. p. 122-125.

⁴⁰⁸ Sólon era parente direto de Platão pelo lado materno.

⁴⁰⁹ Fonte: CRONOLOGIA dos Direitos Homossexuais. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/cronologia_dos_direitos_homossexuais>; SPENCER, Colin. op. cit., p. 40-48.

⁴¹⁰ Desgostoso com a execução de Sócrates, de quem foi discípulo Platão, empreendeu inúmeras viagens. Em Siracusa, conheceu o nobre Díon com quem desenvolveu calorosa amizade, fazendo evidenciar sua tendência homossexual. Segundo relatos históricos, há poucas dúvidas de que tenha se apaixonado por Díon, fato este que fê-lo conceber o que conhece-se por “amor platônico”. O papel do amor como força educacional é um tema de grande importância no pensamento de Platão. LUCE, J. V. *Curso de filosofia grega*. Trad. Mario da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 97.

⁴¹¹ PLATÃO. *Fedro*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007. p. 62, 71.

⁴¹² TOURNIER, Paul. op. cit., p. 29.

Nos textos referentes ao Antigo Testamento são encontrados relatos históricos de homossexualidade em suas escrituras, sendo esta, entretanto, concebida como uma abominação punida com a pena capital para ambos os envolvidos.⁴¹³

Em Roma a homossexualidade era tolerada, vista no mesmo nível que as relações entre casais, entre amantes ou entre senhor e escravo. Entre os romanos a homossexualidade não era reprovada, mas tinha algumas regras. Por exemplo, era inaceitável que um senhor fosse passivo com seu escravo. A felação era um crime aos olhos dos cidadãos romanos. Tirando as regras que sempre existem em qualquer cultura, a homossexualidade era muito presente em Roma e praticada por todos, inclusive pelos Césares. A prática era de livre escolha do cidadão. Vê-se portanto, que as relações homoeróticas, principalmente entre homens adultos e jovens, só eram repudiadas quando ameaçavam subverter a hierarquia social da época.

No período justinianeu, Roma adota um posicionamento contrário às práticas homossexuais.⁴¹⁴

A prática homofóbica foi perpetuada na Idade Média, quando a homossexualidade era associada à heresia e à usura, ou mesmo à feitiçaria, e na Idade Moderna, quando então eram banidos da sociedade aqueles que se deixassem levar por arroubos de amor romântico entre pares do mesmo sexo.⁴¹⁵

O relacionamento entre a homossexualidade e a religião varia de acordo com o momento histórico e o lugar. Alguns grupos não influenciados pelas religiões abramícas vem a homossexualidade como sagrada, enquanto as três grandes religiões a tem como negativa, pecaminosa, desencorajando ou mesmo proibindo e condenando sua prática.

Tem-se portanto, que o maior preconceito contra o homossexualismo provém das religiões. Cultura, religião e sexualidade profundamente entrelaçadas censuram os denominados “pecados da carne”. À luz da tradição judaico-cristã, as práticas homossexuais eram concebidas como pecaminosas, uma perversão, uma aberração da natureza, representando o descumprimento do que se julgava ser a palavra de Deus e a fraqueza do indivíduo diante das tentações demoníacas. O matrimônio entre o homem e a

⁴¹³Registros do Velho Testamento podem sugerir uma relação homoerótica entre Davi e Jonatas; Isaque e Esaú; Saul e Davi. Fonte: CRONOLOGIA dos Direitos Homossexuais. *Wikipedia*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/cronologia dos direitos homossexuais](http://pt.wikipedia.org/wiki/cronologia_dos_direitos_homossexuais)>.

⁴¹⁴TOURNIER, Paul. op. cit., p. 53-55.

⁴¹⁵Muito embora a historiografia demonstre que debaixo das pesadas armaduras medievais, estavam latentes sentimentos homossexuais, o que torna, na concepção de Paul Tournier, os heróis mais humanos e sensíveis do que os arquétipos que têm simbolizado.

mulher, com finalidade de procriação representava o remédio de Deus para a preservação (salvação do homem).⁴¹⁶

As autocracias combinadas da Igreja e do Estado, acabaram por gerar, em meados do século XIV, uma visão da sexualidade bastante diferente daquela que havia na antiguidade. Tocada pela divindade de Deus, tornara-se sagrada. Nascia, assim, os contornos do “Estado homofóbico” que, intervindo no exercício da sexualidade, descartando o conceito de bissexualidade da consciência da sociedade, começou a estabelecer uma polaridade entre o que é permitido e o que é publicamente reconhecido.

A natureza sexual humana, da forma como era vista socialmente, passou a apresentar uma dicotomia: hetero ou homossexual. Posteriormente, foi formada uma sociedade separada, clandestina, de orientação sexual homossexual ou bissexual.

A Igreja Católica requer que fiéis homossexuais sejam tratados com respeito e caridade, mas que pratiquem a castidade, abstendo-se desse tipo de relacionamento.

À luz da fé judaica, a Tora é a principal fonte para se analisar a visão da homossexualidade. Muitas passagens bíblicas apontam para a repugnância dos judeus à homossexualidade. Punida inicialmente com a pena de morte, a homossexualidade, proibida pelo judaísmo rabínico tradicional, considerada pecaminosa pelo judaísmo ortodoxo, viu-se mais tolerada pelo judaísmo conservador, e até tem sido considerada aceitável pelo judaísmo progressivo.⁴¹⁷

À luz da religião islâmica, é veementemente reprovada a homossexualidade, sendo inclusive o sexo praticado entre pessoas do mesmo gênero considerado crime punido com a morte, prisão, penas pessoais ou multa. O ato homossexual é visto como uma forma de desejo que viola o Corão; apesar de que a atração homossexual em si não ser contra a *sharia*, o ato sexual em si é, segundo esta, passível de punição. (Para Abelwahab Bouhdiba, aceitar o seu sexo é aceitar ser testemunha de Alá; a função sexual é, em si, uma função sagrada e a família, que formada pelo casamento, por sua vez, é o ato que concretiza a ordem da existência e dá à sexualidade uma significação nova).⁴¹⁸

⁴¹⁶DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 26-27; HOMOSSEXUALIDADE e religião. p. 3. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/Homossexualidade_religião>.

⁴¹⁷SPENCER, Colin. op. cit., p. 56.

⁴¹⁸Fonte: HOMOSSEXUALIDADE e religião, cit., p. 1-3; BOUHDIBA, Abdelwahab. *A sexualidade no Islã*. São Paulo: Ed. Globo, 2006. p. 30-31.

Como bem retrata Adelwahab Bouhdiba, “A Tradição é um elemento permanente da personalidade de base árabe-mulçumana, decorrente de seu caráter revelado. Neste sentido, a prática do sexo mostra-se revestida pelo caráter imutável da oposição, da diferenciação, ocupa uma posição central de renovação e louvor ao Senhor”.

“Por outro lado, o sexo fora dos padrões exigidos pela religião, desnatura o homem, viola a harmonia da vida, afunda o ser humano na ambiguidade, representa uma revolta contra Deus. A homossexualidade é assim considerada como a contestação do mundo tal como quisera Deus e que fora fundada na harmonia e na separação radical dos sexos”.⁴¹⁹

No período medieval, a prática homossexual ocorria com mais frequência nos mosteiros e academias militares sendo, entretanto, a Igreja sua principal perseguidora. Pelo pensamento dominante da época, qualquer atitude em descompasso com a maioria estava em descompasso com Deus. Essa fórmula garantia o domínio da Igreja, assegurando o cumprimento de seus dogmas e mandamentos.

Na Idade Moderna, as Ordenações do Reino condenavam veementemente essa prática, sendo, inclusive imputado aos seus praticantes, penas terríveis de morte ou degredo.

A visão sobre a homossexualidade no mundo ocidental, tal como leciona Spencer Colin, foi influenciada por duas visões contraditórias (pecado X fraqueza). Sendo a ascensão do capitalismo, do consumismo, da ética calvinista e o rompimento da rígida sociedade de classes responsáveis pelo crescimento da homofobia nas sociedades ocidentais.

Em 1533 o rei Henrique VIII, da Inglaterra, proclamou todas as atividades sexuais não reprodutivas como crime. A pena de morte por sodomia foi tacitamente abandonada depois de 1836 e finalmente abolida na Inglaterra e no País de Gales em 1861 substituídas por penas que variavam de 10 anos à prisão perpétua (o Decreto sobre Crimes contra a Pessoa, substitui a legislação de Henrique VIII).

A homossexualidade, ao mesmo tempo praticada e rejeitada vigorosamente, passou a ser descriminalizada a partir do século XVIII quando em 1792 a França descriminaliza a prática homossexual entre os homens.

⁴¹⁹BOUHDIBA, Abdelwahab. op. cit., p. 20-21 e 51.

Foi só a partir do século XIX que a medicina definiu a homossexualidade como uma doença fisiológica causada por distúrbios genéticos ou biológicos. Nos séculos anteriores, foi tida como um pecado contra Deus, e, portanto, uma falha moral e teológica. Tornou-se, posteriormente, um crime social, contra o qual o Estado legislava. Nesse momento descortinava-se como uma inadequação médica e psicológica. Na concepção de Spencer Colin, esta passagem de pecado para crime, e daí para insanidade, foi provocada pelas intensas mudanças sociais que ocorreram no período.⁴²⁰

O termo homossexual, tal como é conhecido na atualidade, foi cunhado inicialmente pelo médico húngaro Karoly Maria Benkert (que alterou seu prenome para Kertbeny em 1848), aduzindo que, além do impulso sexual normal para homens e mulheres, a natureza dotara alguns indivíduos de um impulso homossexual, que cria antecipadamente uma rejeição pelo sexo oposto.

O termo passou gradualmente a ser empregado nos meios acadêmicos, tendo sido o panfleto de Benkert praticamente esquecido até ser divulgado posteriormente pelo médico alemão Magnus Hirschfeld (homossexual), em 1905. Em inglês, o termo foi empregado pela primeira vez em 1892 por J.A. Symons. Os médicos Hirschfeld e Havelock Ellis foram os responsáveis pela divulgação do termo para o grande público.⁴²¹

No século XIX, em 1813, a Baviera descriminaliza a prática homossexual entre homens. Esta prática, contudo, não foi completamente abolida em território do Império Germânico. Em 1871, a Alemanha criminaliza a homossexualidade através do § 175 do Código Penal. Em 1929, um comitê do Reichstag vota para cancelar o § 175. A chegada dos nazistas ao poder impede que a decisão entre em vigor.⁴²²

Na lição de Spencer Colin, o médico Kal Heinrich Ulrichs foi um dos primeiros a clamar por justiça e humanidade para amantes do mesmo sexo. Argumentou que os

⁴²⁰ SPENCER, Colin. op. cit., p. 235 e 259.

⁴²¹ Id. Ibid., p. 273-274.

⁴²² Os homossexuais constituíam um grupo de perseguidos no regime nazista. Antes do III Reich, Berlim era considerada uma cidade liberal, frequentada livremente pela comunidade homossexual. Magnus Hirschfeld começara um movimento pelos direitos dos homossexuais durante o virar do século, que foram prontamente reprimidos. A ideologia nazista sustentava que a homossexualidade era incompatível com o Nacional Socialismo, já que não permitia a reprodução, necessária para perpetuar a “raça superior”. A homossexualidade era vista como uma violação grave da política fortemente homofóbica do partido. Violentamente massacrados durante o regime nazista, sendo designados para os trabalhos mais pesados e os tratamentos mais desumanos, a estimativa de homossexuais mortos nos campos de concentração varia muito, situando-se o seu número entre 15 000 e 600 000, consoante diversos autores.- Fonte: HOMOSSEXUAIS na Alemanha. *Wikipedia*. Disponível em: <http://wikipedia.org/wiki/homossexuais_na_Alemanha_Nazip.1>; HACKETT, David A. *O relatório Buchenwald*. São Paulo; Rio de Janeiro: Record, 1988. p. 257; TOURNIER, Paul. op. cit., p. 225-227.

instintos chamados “anormais” eram inatos e portanto naturais, assim como, no início do desenvolvimento embrionário, as gônadas eram desdiferenciadas só posteriormente, vindo a se subdividir em três categorias: masculino, feminino e *urning* (termo cunhado em alusão a Urano no Symposium de Platão, que apresentavam características físicas e um gênero e instintos sexuais de outro).⁴²³

Passou, então, a homossexualidade a ser encarada pela comunidade científica como uma perversão, uma degeneração, em muito assemelhada ao travestismo, que guardava uma forte herança genética.

O século XIX foi uma época em que se multiplicaram as formas alternativas de amar, em que houve oposição à sexualidade ortodoxa, em que era pregada a liberdade individual, aduzindo que o amor, mais do que o casamento, deveria ser pré-condição para as relações sexuais.

No início do século XX, a psicanálise introduziu a visão psicológica da homossexualidade, visão esta que é menos moralista com Freud, embora considere-a como um distúrbio no desenvolvimento da sexualidade e, portanto, anormal.

Importante contribuição ao tema veio com Lowenfeld e Jung, para quem “embora a homossexualidade seja uma anomalia que possa se manifestar junto com doenças e processos degenerativos, na maioria dos casos trata-se de um desvio psíquico isolado em relação à norma e não pode ser considerado patológico ou degenerativo, sendo improvável que diminua o valor do indivíduo como membro da sociedade”.⁴²⁴

Em meados do século XX, o primeiro relatório *Kinsey* (1948), elaborado pelo Instituto Kinsey para Pesquisa Sobre Sexo, Gênero e Reprodução, verificou que práticas homossexuais eram bem mais difundidas que o pensado nos Estados Unidos, abalando os alicerces da tradicional família americana ao divulgar a afirmação de que 10% da população humana teria uma orientação homossexual. Estudos realizados posteriormente apontam para a variação desse índice para 4 a 14%. A principal dificuldade para a

⁴²³Sua convicção da etiologia do homossexualismo penetrou lentamente na opinião médica ortodoxa, mas seu apelo por uma compreensão humanitária do terceiro sexo não gerou resultados palpáveis. SPENCER, Colin. op. cit., p. 275.

⁴²⁴Jung comenta o artigo 175 do Código Penal alemão que torna a homossexualidade um delito criminal, e, na esteira de muitos outros psiquiatras da época, entende que a homossexualidade não deve ser abordada pelas autoridades legais. – HOPCKE, Robert H. op. cit., p. 27. Também o médico Magnus Hirshfeld, quem cunhou o termo homossexual, fundou na Alemanha o Comitê Científico Humanitário, com o objetivo de abolir o § 175 do CP alemão, educar o público e motivar os próprios homossexuais na luta por seus direitos. Sua larga pesquisa do tema, incluindo livros, fotografias e depoimentos de pacientes foi destruída quando os nazistas chegaram ao poder.

obtenção de um valor real está no fato de muitos homossexuais continuarem a esconder a sua orientação sexual.⁴²⁵

Foi, entretanto, nos anos sessenta que apareceram os primeiros movimentos *gays* e que a Associação Americana de Psicologia (APA) afirmou que a homossexualidade não é doença psicológica (American Psychological Association, 1975), negando a existência de causas psicológicas específicas da homossexualidade e situando-a no quadro das orientações sexuais, e como uma variação natural da expressão sexual humana e considera os homossexuais indivíduos normais, tanto do ponto de vista clínico, quanto do psíquico.⁴²⁶

De fato, esta visão psicossocial da homossexualidade, embora ainda pouco difundida, vinculou-se, nas últimas décadas, a um conjunto de movimentos sociais que lutam pela universalidade dos direitos humanos.⁴²⁷

No Brasil, até recentemente a psicologia omitiu-se no processo de retirar o estigma dos homossexuais. Enquanto diversas entidades científicas condenaram a discriminação à homossexualidade, boa parte dos psicólogos trataram a homossexualidade como um distúrbio que deveria ser assumido ou, se possível, superado.⁴²⁸

A descriminalização da prática homossexual observou uma grande evolução a partir de meados do século XX. Menores restrições passaram a pesar sobre o fenômeno, cedendo a intolerância lugar a uma maior compreensão a respeito do tema. Passaram, assim, a ser contestadas as posturas predominantemente negativas.⁴²⁹

Em 1933, a Dinamarca descriminaliza a homossexualidade; a Bulgária, em 1951; a Tchecoslováquia e a Hungria, em 1961; o Estado americano de Illinois é o primeiro a remover a proibição de práticas sexuais não reprodutivas em seu Código Criminal, em

⁴²⁵Fonte: HOMOSSEXUALIDADE- Kinsey Institute. p. 3. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade-Kinseyinstitute>>; elencou também o supra referido relatório que nos Estados Unidos 37% dos homens e 13% das mulheres já haviam tido um relacionamento homoafetivo, caindo na imprensa sensacionalista como uma verdadeira bomba. Seus relatórios apontaram para o início da revolução sexual da década de 60.

⁴²⁶HARVARD Law Review. *Sexual orientation and the law*, cit., p. 34; Fonte: AMERICAN Psychological Association. Disponível em: <<http://www.psych.org/Departments/EDU/Library/APAOfficialdocumentsrelated/Positionstatements/200214aspx>>.

⁴²⁷A história de como e por que a Associação Americana de Psiquiatria deu esse passo revolucionário é um estudo fascinante do papel da psiquiatria enquanto subordinada e agente de criação de valores socioculturais, como bem leciona HOPCKE, Robert H. op. cit., p. 17.

⁴²⁸Fonte: HOMOSSEXUALIDADE. p. 1-3. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade>>.

⁴²⁹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 28.

1968, a Alemanha oriental diminui o poder do §175, e no mesmo ano o Canadá suprime a criminalização das atividades sexuais não reprodutivas do seu diploma legal.

Em 27.6.1969, os clientes do bar Stonewall, em Nova York, envolvem-se em confrontos com a polícia, em resposta a atos de intimidação. É considerado o ponto de partida do moderno movimento pelos direitos dos homossexuais (movimento gay). Esse movimento teve por objetivo a conscientização da necessidade de se outorgarem direitos aos homossexuais e erradicar da sociedade a figura da homofobia.⁴³⁰

Através desse movimento pioneiro, os homossexuais, sob o slogan -“saindo do armário”-passaram a não mais se ocultar como antes, vindo a público com crescente êxito. Passaram eles próprios a proceder à análise de sua problemática, reclamando o direito à vida e o respeito de seus sentimentos.⁴³¹

Somente no final do século XX, com o advento de inúmeras leis protetivas aos direitos dos homossexuais, o uso das liberdades individuais e os preceitos oriundos dos direitos humanos fez com que parte da comunidade mundial aceitasse, mesmo que de forma velada, a existência da prática homossexual – agora não mais vista como crime mas sim como uma livre manifestação da sua personalidade e a necessidade premente da positivação legal de sua proteção.⁴³²

Em 1969, a Alemanha Ocidental diminui o poder do §175 e o Canadá regulamenta as práticas sexuais não reprodutivas.

Em 1972, a Noruega descriminaliza a homossexualidade, e em abril de 1974 a Associação Americana de Psiquiatria aprova, com 58% dos votos, a decisão de retirar a homossexualidade da lista das doenças mentais. Essa decisão favoreceu uma maior tolerância de muitos governos sobre o tema, surgindo leis discriminatórias da prática homossexual em muitos países.⁴³³

Em 1982, Portugal descriminaliza a homossexualidade, seguido por Israel, em 1988. Em 1989, a Dinamarca institui as uniões civis homossexuais.

Em 1991, Hong Kong descriminaliza a homossexualidade; em 1992, a OMS deixa de considerar a homossexualidade como doença; em 1993 é revogado o art. 121 do CP

⁴³⁰Fonte: MOVIMENTO homossexual. p. 41. *Wikipedia*. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Movimento_homossexual>.

⁴³¹DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 29.

⁴³²Muito embora a homofobia exista e seja perpetrada por inúmeros grupos religiosos, políticos ou culturais que são contra a homossexualidade.

⁴³³Fonte: MOVIMENTO homossexual, cit., p. 2.

Russo, que criminalizava a homossexualidade. Em 1994, a Alemanha descriminaliza os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, cancelando o § 175 do CP. Em 1995, a Associação japonesa de psiquiatria deixa de considerar a homossexualidade como distúrbio mental.

O início do século XXI é marcado pelo alcance legislativo da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo ou, em alguns casos, sua equiparação ao próprio casamento, em diversos países.

Em 2001, a Associação Chinesa de psiquiatria deixa de considerar a homossexualidade como distúrbio mental.⁴³⁴

Também no ano de 2001, o governo holandês legalizou a união conjugal entre pessoas do mesmo sexo, a este seguiram-se a Bélgica, em 2003; Massachusetts (USA), em 2004 e Reino Unido; Espanha e Canadá, em 2005; África do Sul, em 2006, Noruega, Suécia em 2009.

A Lei Espanhola foi a primeira a reconhecer plenos direitos aos parceiros de mesmo sexo, o que facilitou a supressão de limitações excepcionais que figuravam nas leis de outros países.⁴³⁵

A causa do movimento gay continua, já que os direitos humanos de pessoas com tendência sexual distinta da heterossexualidade continuam sendo violados em muitos países. Em outros, é desconhecido qualquer movimento, seguindo latente a homofobia. Em outros, ainda o movimento é completamente inexistente, dadas as circunstâncias sociais e religiosas (países do Oriente Médio e África).⁴³⁶

Apesar da aparente evolução da aceitação do homossexual na sociedade e na vida cívica em muitos países, a homofobia ainda é um fenômeno presente na atualidade. As razões para a sua existência fincam suas bases no racismo e em todas as formas de preconceito. Representa uma oposição instintiva a tudo aquilo que não corresponde aos valores com os quais determinado indivíduo ou grupo social se identifica, bem como às

⁴³⁴Fonte: CRONOLOGIA dos Direitos Homossexuais. p. 1-4. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/cronologia_dos_direitos_homossexuais>. Na atualidade já existe uma manifestação popular pró inclusão da população GLBTT na China – no ano de 2009 contou com a manifestação de 2000 pessoas. Fonte: ULTIMA Instancia. p. 1. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

⁴³⁵A possibilidade de adoção para casais homossexuais é prevista na Bélgica, Holanda, Espanha, Canadá, África do Sul, Suécia, Inglaterra e em alguns estados americanos. Fonte: MOVIMENTO homossexual. p. 2. *Wikipedia*. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Movimiento_homossexual>.

⁴³⁶Fonte: MOVIMENTO homossexual, cit., p. 2.

normas implícitas e estabelecidas por essa mesma maioria. Daí advém a necessidade de reafirmação dos papéis tradicionais de gênero, considerando o indivíduo homossexual como alguém que falha no desempenho do papel que lhe corresponde segundo seu gênero.

Outras explicações também podem se situar no campo da homofobia interiorizada, de preceitos religiosos, de política ou ideologia dominante.⁴³⁷

Para Celso Lafer “se o racismo não pode ser justificado por fundamentos biológicos, no entanto persiste como fenômeno social. É este fenômeno social e não a raça o destinatário jurídico da repressão – prevista no art. 5ºXLII da CF a prática do racismo tem seu núcleo nas teorias e ideologias e na sua divulgação, que discriminam grupos e pessoas, a elas atribuindo as características de uma raça inferior. A prática do racismo começa na cabeça das pessoas”.⁴³⁸

A prática do racismo e seu impacto no direito internacional da pessoa humana traz o pensamento de Bobbio que consigna que esta não se dirige tanto para a pessoa singular, diante da qual pode-se ter múltiplos sentimentos negativos, mas para um grupo dotado de intrínsecas peculiaridades, contra os quais são perpetradas distintas escalas de agressividade vindo desde o não reconhecimento ao outro dos mesmos direitos e garantias, passando pelo estágio da segregação, até se alcançar o expoente máximo da discriminação que é a agressão física.⁴³⁹

Como exemplo fático, pode-se apontar dados no sentido de que práticas homofóbicas vêm ocorrendo nos quatro cantos do mundo. Em São Paulo, retratou o jornal A Folha de São Paulo que a região dos jardins, na capital paulista, registra pelo menos um ataque homofóbico por semana.⁴⁴⁰

Em Treviso, região nordeste da Itália, o vice-prefeito criou intensa polêmica social ao afirmar querer a “limpeza étnica contra gays”.⁴⁴¹

No Brasil, como retrata Luiz Mott, pesquisas confirmam que de todas as minorias sociais, os homossexuais são as principais vítimas de preconceito.⁴⁴²

⁴³⁷Fonte: HOMOFOBIA. p. 1-2. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homofobia>>.

⁴³⁸LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*, cit., p. 58-59.

⁴³⁹Id. *Ibid.*, p. 59-60. No caso específico dos homossexuais a homofobia apresenta diferentes formas desde a segregação individual e/ou grupal, ofensas verbais, agressões físicas, violações da intimidade, integridade e sobretudo da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴⁰Fonte: FOLHA online, São Paulo, 22 ago. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>.

⁴⁴¹Id. *Ibid.*

⁴⁴²Conforme dados do Ibope 79% dos entrevistados sofreria se tivessem um filho homossexual, 56% mudaria sua conduta com um colega gay se soubesse de sua condição, 56% não votaria num candidato gay para a Presidência da República, 45% mudaria de médico ou dentista se soubesse que era gay, 36% deixaria de

Aponta ele como possíveis causas para esse fato: as raízes históricas de intolerância, em face da religião que imputou ao homossexualismo a ideia de crime hediondo e pecado abominável; a crise identitária oriunda de uma homofobia internalizada, a opressão familiar, submissão ao silêncio; a homofobia acadêmica; o desamparo governamental; assim como a própria alienação dos homossexuais.⁴⁴³

Diversas penas são atribuídas aos homossexuais nas diversas partes do mundo: Pena de morte: Afeganistão, Arábia Saudita, Yêmen, Irã e Sudão; pena de morte ou reclusão: Paquistão e Mauritânia; Penas de reclusão (com previsão de condenação por mais de dez anos): Barheïn, Bangladesh, Brunei, Barbados, Butão, Fiji, Índia, Jamaica, Maldivas, Maurício, Nepal, Nigéria ;entre outros; penas de reclusão por menos de dez anos: Angola, Argélia, Ghana, Kwait, Líbia, Líbano, Marrocos, Qatar entre outros; aplicação de penas físicas: Arábia Saudita, Bahrein, Brunei, Irã, Fiji, Malásia, Paquistão e Sudão.⁴⁴⁴

Em face do conflito em que se encontra a questão da inserção do homossexual na sociedade, a valorização da sua dignidade, é premente a necessidade da tutela dos seus direitos fundamentais, pois muito mais prejudicial do que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvos gays, lésbicas e travestis.⁴⁴⁵

O combate ao racismo, a discriminação, a xenofobia e outras formas de intolerância está na ordem do dia na visão internacional da agenda voltada para afirmar a igualdade, dignidade e tolerância, como bem retrata Celso Lafer.⁴⁴⁶

Podemos concluir, frente ao exposto, que os valores dominantes em cada época histórica apresenta um sistema de exclusões e punições baseado em preconceitos punitivos discriminantes. Na contemporaneidade, com a valorização da dignidade da pessoa humana, cânone basilar de princípio constitucional, amparado pelo direito à igualdade, à liberdade, à não discriminação, e, ainda, estando a família cada vez mais sedimentada com base na afetividade e na sócio-parentalidade, entendemos não haver mais lugar para a supressão de direitos fundamentais ao indivíduo, com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero.

contratar um profissional gay para um trabalho em sua empresa mesmo que ele fosse o mais qualificado. Dados obtido em MOTT, Luiz. Direitos humanos, homofobia e cidadania homossexual no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). *Direitos humanos perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2, p. 913-914.

⁴⁴³Id. Ibid., p. 914-921.

⁴⁴⁴Fonte: MOVIMENTO homossexual. p. 4. Wikipedia. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Movimento_homossexual>.

⁴⁴⁵DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 29.

⁴⁴⁶LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*, cit., p. 70.

Os homossexuais, sendo uma minoria social, vivem combalidos por terem que conviver com uma faceta oculta de suas vidas, que é a da opção do seu relacionamento amoroso, pois ocultam-na de toda a sociedade, da família, no ambiente de trabalho, entre outros, ficando a dever-lhes a existência de direitos necessários à plena realização da sua personalidade.

A discriminação social oriunda da descoberta de suas íntimas preferências traz ao indivíduo homossexual um enorme desgaste psíquico e emocional.

Faz-se imperativo, aqui, analisar o princípio constitucional da igualdade, pois no tocante às minorias, a exclusão social dá-se como pagamento daquilo que efetivamente não se escolheu, como preconizou o médico Húngaro Karoly Benkert “esse comportamento que transcendia ao enfoque padrão, era algo inato e não adquirido”.⁴⁴⁷

Difícil é, na prática, compatibilizar os princípios da liberdade e da igualdade, como adverte Norberto Bobbio, “o libertarismo e o igualitarismo fundam suas raízes em concepções do homem e da sociedade profundamente diversas, sendo que para o liberal o fim principal é a expressão da personalidade individual e para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade, em seu conjunto, mesmo no custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares”.⁴⁴⁸

À luz dessas considerações, e com o avançar do tempo e do pensamento científico, e dos direitos humanos, diversos países do mundo instituíram a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo, e viram aí a descaracterização da segregação social que vinha sofrendo o homossexual, e que estava fadada a se perpetuar.

3.2.1.4. Aspectos legais

No Brasil, a família formada por pessoas do mesmo sexo, apresenta muitas controvérsias, pois a doutrina pátria admite o casamento ou a constituição de união estável somente entre pessoas de sexos diferentes, e, ainda, não outorgaram os Diplomas Legais,

⁴⁴⁷COSTA, Ronaldo Pamplona da. *Os onze sexos: as múltiplas faces da sexualidade humana*. São Paulo: Ed. Gente, 1994. Belo Horizonte: Del Rey; IBD FAM, 2004. p. 22 e TALAVERA, Glauber Moreno. O novo perfil da sociedade conjugal contemporânea. In: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 182.

⁴⁴⁸BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 39.

de forma expressa, à possibilidade do reconhecimento do *status familiae* a esse grupo populacional.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, reconhece como família aquela fundada no casamento (§§1º e 2º), na união estável (§3º) ou na monoparentalidade (§4º), em nada referindo expressamente à formação da família por homossexuais.⁴⁴⁹

Dispõe ainda no mesmo artigo 226§ 5º “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Diferentemente do Código Civil de 1916, que reconhecia a família somente se constituída em face do casamento, o Código Civil de 2002, nos artigos 1723 a 1727, reconhece a união estável como entidade familiar, embora o texto legislativo contenha a necessidade da dualidade de sexos.

Tem-se que, no que tange ao casamento, o Código Civil estabelece em seu artigo 1514 que “O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

E, quanto à união estável, estabelece em seu artigo 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.⁴⁵⁰

Valendo-se de uma interpretação literal, nenhum dos dois diplomas estendeu sua proteção ao homossexual, apesar de a Constituição Federal vedar expressamente a discriminação em face da opção sexual no seu artigo 3º, IV, consagrando também no artigo

⁴⁴⁹Inquestionável é a validade desse entendimento, uma vez que tradicionalmente a diferença de sexos sempre representou um dos fundamentos basilares da formação da família, visto o reconhecimento do casamento pelo Estado e pelo Direito Canônico. Desta forma, a Lei Civil refletiu a mentalidade dominante dos últimos séculos, donde se extrai que não necessitava proibir e nem mesmo referir a dualidade de sexos como condição para o casamento, pois estava implícito, posto que jamais se cogitou conferir status de relação jurídica matrimonial aos pares homossexuais. Com a evolução dos tempos, das ciências, dos costumes, da organização político-midiática das organizações GLBTT; a ampliação das pautas políticas e legislativas dos Estados e da internacionalização dos direitos humanos, uma outra posição passou a ser defendida e que vem permeando com cada vez mais intensidade as decisões jurisprudenciais, amparadas no entendimento de que como o legislador não vetou expressamente a formação da família pelo homossexual, por outro lado ele também não a vedou, entendendo-se existir aí uma cláusula tácita de inclusão. Também a interpretação teleológica dos princípios constitucionais daria margem à recepção da família homoafetiva em se valorizando o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da isonomia e da não discriminação – todos cânones constitucionais. Tanto assim que diversos Estados brasileiros – ES, MG, GO, PI, RS, AC, AL, DF, MT- já vêm reconhecendo direitos sucessórios aos companheiros homossexuais, direitos previdenciários (também em SP, RJ entre outros), além de muitos deles conferirem reconhecimento de união estável entre parceiros do mesmo sexo e até mesmo o direito à adoção.

⁴⁵⁰O Dec. n. 6384 de 27.2.08 alterou o § 6º do artigo 16 do RPS – adequou os termos do dispositivo à redação do artigo 1723§ 1º.

5º, caput, o princípio da igualdade e no seu inciso X, o direito à intimidade, que pode ser entendida como exercício do direito e da prática sexual livres de discriminação e valorizar como cânone fundamental a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, III.⁴⁵¹

Para Ives Gandra Silva Martins, “a Constituição proíbe seja considerada família a união de pessoas do mesmo sexo”, sendo imprescindível a dualidade de sexos para se constituir casamento ou união estável, à luz do artigo 226 do nosso Diploma legal.⁴⁵²

O judiciário vem adotando uma postura mais liberal, dando maior flexibilidade às leis e aplicando a analogia e a equidade aos relacionamentos homossexuais, reconhecendo-lhes alguns direitos conferidos aos heterossexuais. Assim, frente à falta de previsão legal, vem o entendimento dos tribunais assegurando direitos aos parceiros homoafetivos.⁴⁵³

Paulo Luiz Netto Lôbo pondera, por outro lado, que os tipos de entidades familiares contidos no artigo 266 e seus parágrafos são meramente exemplificativos, pois o caput do referido artigo traz consignado um conceito amplo e indeterminado de família: “a norma de exclusão do art.226 da Constituição Federal apenas poderia ser excepcionada se houvesse outra norma de exclusão explícita de tutela dessas uniões, a ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para sua existência, pois as normas do art.226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação”.⁴⁵⁴

Na atualidade, tal como referido supra, o Código Civil não regula a união entre pessoas do mesmo sexo. “No entender de Miguel Reale, a matéria não é de Direito Civil, mas sim de Direito Constitucional, porque a Constituição institucionalizou a união estável entre o homem e a mulher. Para cunhar-se a união estável dos homossexuais, seria preciso mudar a Constituição”.

⁴⁵¹Entretanto, posicionamento do STF vem questionar a constitucionalidade do referido artigo 1723 do Código Civil brasileiro, que fere os princípios constitucionais de isonomia, não discriminação, dignidade da pessoa humana.

⁴⁵²MARTINS, Ives Gandra da Silva. União de homossexuais. *Carta Forense*, 01 set. 2002. p. 1. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Matéria.aspx?id=4656>>.

⁴⁵³Essa postura de vanguarda passou a ser adotada inicialmente nos Tribunais do Rio Grande do Sul, que como aduz Sylvia Mendonça do Amaral “primam pela evolução constante de suas decisões”. AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual prático dos direitos de homossexuais e transexuais*. São Paulo: Ed. Inteligentes, 2003. p. 15. Julgamento pioneiro realizado em 2001 perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Ap. Cível n. 70001388982, 7º Vara Cível. Rel. Des José Carlos Teixeira Giorgis – menciona a existência de uma relação não obrigacional, mas afetiva entre as partes, tomando como paradigma a união estável.

⁴⁵⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E CIDADANIA, 3. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG, 2002. p. 95 e 105.

Logo, somente uma Emenda Constitucional teria competência para estender os mesmos direitos já conferidos à família e às entidades familiares às parcerias homossexuais.⁴⁵⁵

Na lição de José Afonso da Silva, se por um lado a estabilidade da Constituição não deve ser absoluta, não pode, por outro, significar imutabilidade, pois não há constituição imutável em face à realidade social, que é variável. A Constituição não é apenas um instrumento de ordem, mas também deve sê-lo de progresso social.⁴⁵⁶

No mesmo sentido é a lição de Antonio Junqueira de Azevedo, que, aduz que embora a Constituição seja a lei maior, não deixa de ser uma lei como as outras, sujeita às mesmas vicissitudes históricas, o que leva a uma constante alteração, podendo inclusive agradar ou não em face de seu conteúdo.⁴⁵⁷

Na linha desse entendimento, em 2003, o Sen.Sérgio Cabral (PMDB/RJ) apresentou à Comissão de Constituição Justiça e Cidadania do Senado uma proposta de emenda à Constituição, de n.70/03, que visava alterar o § 3º do art.226 da Constituição, o que possibilitaria a inclusão dos casais homossexuais como entidade familiar reconhecida pelo Estado, excluindo-se, todavia, a possibilidade de casamento, passando a apresentar a seguinte redação: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre casais heterossexuais ou homossexuais como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento quando existente entre o homem e a mulher”.⁴⁵⁸

No Brasil, tal como lecionam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, “os reflexos das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo espraiam-se pelo direito previdenciário, direito eleitoral, direito das obrigações e finalmente chegam no direito de família”. Abrangendo desde concessão de pensões, visto de permanência no país; como no campo eleitoral, reconhecendo a união afetiva homossexual em questão de elegibilidade para cargo público; no campo obrigacional reconhecendo a união homoafetiva como sociedades de fato, com todos os direitos patrimoniais daí

⁴⁵⁵ REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 172.

⁴⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 42.

⁴⁵⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito de ontem e de hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10.

⁴⁵⁸ O Projeto foi arquivado em 20.10.2006.

decorrentes;até o reconhecimento de união homoafetiva em diversos casos. Atualmente são concedidos também direitos sucessórios entre os casais homossexuais.⁴⁵⁹

Diferente do modelo brasileiro é a posição da comunidade internacional sobre o tema. Grande parte dos países ocidentais já estenderam o reconhecimento familiar aos homossexuais – e aos transgêneros -, sendo sob a forma de casamento – advindo de Emendas Constitucionais, seja sob a forma de *partenariat* – advindo da elaboração de lei especial.

Com a evolução dos costumes e das relações interpessoais, restou uma lacuna na lei. O que fazer com os homossexuais? Sendo que estes compõem a estrutura social, demonstram-se cada vez mais ativos na coletividade e no ambiente de consumo, integram relações com intensa carga emocional e afetiva de caráter estável e duradouro, que requer amparo legal. E visam, sobretudo, a aquisição de direitos civis plenos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

A proteção contra as arbitrariedades do Estado é um direito dos cidadãos. Com a afirmação do chamado Estado Social de Direito, alçado numa sociedade livre, justa, pluralista, solidária, que se propõe, isenta de preconceitos, valorizar a busca da justiça social, com a afirmação dos chamados direitos sociais, onde entendemos que a livre expressão da sexualidade encontra-se elencada, embasada que está no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁴⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 64-68. À luz do direito previdenciário, as Instruções normativas n.25/2000, 50/2001 e 57/2001 do INSS preveem benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão ao companheiro homossexual. A Instrução Normativa 25/2000 de 7.6.2000 veio a disciplinar a matéria, fundamentada na Ação Civil Pública n.20007100009347-0, Rel. Min.Marco Aurélio Viana, j.10.2.2003, fez surgir a polêmica para a abertura da união estável homoafetiva, embasou as referidas instruções normativas do INSS à luz da inteligência dos artigos 3º,5º e 226 § 6º da Constituição Federal, sendo que a Instrução Normativa do INSS n. 20- DOU de 23.5.2000 foi a primeira normativa a dar cumprimento à decisão judicial. O art 2º do referido dispositivo legal assegura a equiparação entre as uniões homossexuais e heterossexuais, regulando ambas pelo mesmo dispositivo normativo, anteriormente citado. “As pensões requeridas por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinada no Capítulo XII da IN INSS n. 20/2000, relativas à pensão por morte”.O Dec 6384 de 27.2.2008 alterou o art.16 do RPS adequando o mesmo dispositivo à redação do art. 1723 § 1º do Código Civil referente à união estável. LOPES, Rena Kfuri. Homoafetividade: Ave, ó Maria Berenice Dias. *Seleções Jurídicas*, São Paulo, p. 25, jul. 2007. Diversos atos normativos e projetos de lei são apresentados com finalidade de inclusão do companheiro homossexual: IN n.11 do INSS de 20.9.2006; Resolução n.489 do CFESS de 3.6.2006 – Estabelece normas vedando condutas discriminatórias ou preconceituosas devido à orientação e expressão sexual; Circular n. 257 da SUSEP de 21.6.2004 – Regulamenta o direito do companheiro(a) homossexual à percepção de indenização em caso de morte do outro; Resolução Administrativa n. 5 do CNI de 3.12.2003 – dispõe sobre a concessão de visto temporário ou permanente, ou permanência definitiva, ao companheiro sem distinção de sexo. Além destas, diversas leis estaduais foram elaboradas visando a erradicação da discriminação em face da orientação sexual.

Ademais, o exercício da sexualidade é um direito da personalidade, bem como o direito à composição familiar.

Nesse sentido, tendo em vista a evolução histórica do direito de família no Brasil, analisando-se o cunho protetivo a esta outorgado de forma cada vez mais abrangente pelas diversas Constituições brasileiras, podemos entender que na pós-modernidade há espaço para o reconhecimento do *status familiae* ao homossexual, tanto advindo de uma interpretação teleológica da Carta Magna, como querem alguns doutrinadores, quanto advinda de Emenda Constitucional, como querem outros, corrente à qual nos filiamos.⁴⁶⁰

Isto posto, entendemos que o legislador, embora já de longa data inspirado pelos ideais liberais-democratas, em matéria de família, posicionou-se de forma clássica, amparado pelo costume, atribuindo reconhecimento familiar às reuniões pessoais onde subsiste a dualidade de sexos.

Numa visão pós-moderna, a constituição de um vínculo relacional entre dois seres, apoiado na afetividade, na estabilidade, no direito à visibilidade, independentemente de orientação sexual, e que configura uma autêntica convivência *more uxório*, vem possibilitando o reconhecimento judicial das parcerias homoafetivas, incluindo aqui a aquisição do *status familiae*, abrangendo, entre os vários direitos de cunho patrimonial, a possibilidade do direito de adoção.

Visa-se, outrossim, na atualidade, o reconhecimento dos direitos civis plenos a todos os cidadãos, tendo em vista a diversidade sexual, a proteção da integridade biopsíquica dos componentes da família, a proteção da vida privada, o respeito aos direitos humanos e aos direitos da personalidade, tendo os princípios constitucionais que norteiam e protegem a pessoa humana.

Ampara essa concepção Pedro A. Talavera Fernández, para quem a citada convivência *more uxorio* independe da orientação sexual das partes para se configurar, mas, sim, demonstra-se mais importante a *affectio maritalis*, no sentido de se estabelecer um consenso de comunhão de vida em toda a sua plenitude.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Para tanto, preza-se aos homossexuais a proteção dos seus direitos patrimoniais, previdenciários, do direito aos alimentos, à saúde, à homoparentalidade.

⁴⁶¹ TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales*: propuestas de regulación em España. Instituto de Derechos Humanos “Bartolome de las casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, 1999. p. 47-48. (Cuaderno 10). Assim decidiu o Tribunal Superior Espanhol – decisão de 18.5.1992.

Desta forma, não se pode mais rejeitar a realidade daqueles cidadãos que possuem uma orientação sexual – ou identidade de gênero - diferente da maioria, bem como apresentam uma variação da afetividade, centrando-a em pessoas do mesmo sexo que o seu.⁴⁶²

Leciona José Afonso da Silva que a lei no Estado Democrático de Direito, funciona como um princípio basilar, que visa realizar o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas busca garantir a igualdade de condições aos socialmente desiguais. Em sua concepção, é precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da Lei não apenas no seu aspecto formal, mas também em face de sua função regulamentadora da vida em sociedade. “A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política de um país é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses”.⁴⁶³

Entendemos que devem ser observadas de modo sistêmico as mutações ocorrentes na sociedade, em face dos costumes, do momento histórico em que se encontram inseridos, da evolução e da valorização da ideia do uso das liberdades públicas, ainda sem tradição no Brasil. Devendo-se a estrutura legislativa estar condizente à ideologia vigente, tendo em vista a evolução científica, a globalização, o respeito aos direitos individuais e o diálogo entre as nações. Nesse contexto, entendemos que se inserem as relações homoafetivas, realidade social imperativa, que singra os mares do reconhecimento, mas ainda vale-se da decisão judicial para se impor, no nosso país.⁴⁶⁴

Desta forma, a lei, para José Afonso da Silva, deve influir na realidade social. E a Constituição, a seu turno, deve se abrir para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer. Nesse sentido, “a lei se elevará de importância na medida em que, sendo a expressão fundamental do direito positivo, caracteriza-se como um desdobramento necessário do conteúdo da Constituição, passando a exercer desta forma a função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que

⁴⁶²É válido ressaltar que em face aos valores constitucionais defendidos, o relacionamento sexual do casal insere-se num âmbito claramente pessoal e afetivo, um direito da personalidade do cidadão, inserido no universo do direito à intimidade e da liberdade pessoal.

⁴⁶³SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 121.

⁴⁶⁴A falta de uma regulação legislativa deixa descobertos os relacionamentos homoafetivos, pois as decisões judiciais obedecem à interpretação casuística dos magistrados.

possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência dos valores socialmente aceitos”.⁴⁶⁵

Nesse contexto de mutação e desenvolvimento de valores novos e de descobertas científicas, inaugura-se uma época de grandes transformações no âmbito das ciências sociais e, principalmente, no direito, o que traz ao homem contemporâneo novas bases para rever antigos conceitos, sendo, portanto, progressiva a aceitação social das uniões homossexuais.

Tendo em vista a mudança de paradigma quanto ao estabelecimento das relações familiares, o Projeto de Lei n. 6960/02 apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza e o Projeto de Lei n. 276/07 reapresentado pelo Deputado Léo Alcântara, ambos visando a alteração de diversos dispositivos do Código Civil, aludem aos efeitos civis da união entre pessoas do mesmo sexo, contendo a proposta de aplicação das disposições contidas nos referidos artigos atinentes à união estável no Código Civil brasileiro, às uniões entre pessoas que vivam com economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes, observadas as disposições constitucionais.⁴⁶⁶

Concebe Luiz Edson Fachin, que “esta seria a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como um direito personalíssimo. Como direito fundamental, insurge-se como um prolongamento dos direitos da personalidade, imprescindível para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o direito à orientação sexual conduz a afastar a identificação social e jurídica das pessoas por esse predicado; a realidade fática vem se impondo diante do direito, visto que as relações familiares na contemporaneidade vem alçadas num berço de afeto, de solidariedade e de mútua constituição de história comum”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 121-122.

⁴⁶⁶SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código civil comentado*, cit., p. 1893. Traria a seguinte redação o artigo 1727 do Código Civil: “Art. 1727-A. As disposições contidas nos artigos anteriores (1723 a 1727) aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes”.

⁴⁶⁷FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil: direito de família*, cit., p. 34 e 121. Pensando na problemática da inserção social em face da disforia de gênero, a delegação brasileira apresentou em várias seções da Comissão de Direitos Humanos da ONU, desde 2003, uma Resolução que veda a discriminação pela orientação sexual denominada “Direitos Humanos e Orientação sexual”, rejeitada todas as vezes que proposta pela bancada islâmica e conservadora do Órgão em tela.

Recorrendo-se a interpretação evolutiva da norma e ao uso da analogia, pode-se entender que existe uma íntima identidade fática entre a união estável entre o homem e a mulher e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Para Pedro A Talavera Fernández, é inegável que a união heterossexual e a união homossexual são diferentes entre si do ponto de vista dos seus componentes, mas em nada se diferenciam no que tange ao desenvolvimento de uma convivência afetiva, nem de sua qualificação jurídica: ambas configuram convivência *more uxorio*. Desta forma, devem ser reguladas por um estatuto jurídico comum, sem discriminação de uma forma sobre a outra, dada a aceitação sociológica, da união homoafetiva.⁴⁶⁸

Na mesma linha vem o posicionamento de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, para quem é inequívoca a possibilidade jurídica do reconhecimento da união estável homossexual, pois estão presentes nesse relacionamento os pressupostos de plena comunhão de vida de forma contínua e duradoura, de afetividade, de publicidade, que, por sua vez, correspondem aos valores protegidos pelo reconhecimento da união estável. Idênticos valores estão presentes nos relacionamentos heteroafetivos; logo, o tratamento legal deve ser o mesmo.⁴⁶⁹

No posicionamento de Luiz Edson Fachin, “considera-se possível afastar-se da regra constitucional a diferenciação do sexo para o reconhecimento de uma união estável. Assim, pioneiras decisões jurisprudenciais vêm, a seu modo e sob certas limitações, garantindo efeitos de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo”.⁴⁷⁰

Pode-se aduzir desta forma, que com a mudança de paradigma que atingiu a configuração da família na atualidade, novos valores vem se afirmando, com a valorização

⁴⁶⁸TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 66.

⁴⁶⁹VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da homoafetividade*, cit., p. 309.

⁴⁷⁰FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 99. Existem na jurisprudência pátria julgados tanto reconhecendo o *status familiae* ao casal homossexual, quanto outros, atribuindo à relação os efeitos decorrentes da sociedade de fato, ou seja, presente no direito das obrigações. Julgados: TJRJ- Ap. Cív.2006.001.45903 – Acórdão COAD 119773 “Sociedade de fato-Relacionamento Homossexual - Partilha de bens. O fator relevante para a configuração da sociedade de fato é a comunhão de interesses, de natureza econômica, exteriorizada pelo esforço que cada um realiza, com o objetivo de criar um patrimônio comum. Conjunto probatório que aponta a existência de sociedade de fato entre o autor e o *de cujus* nos anos de 1982 a 2000, época de seu falecimento, permitindo, ainda, concluir tenha sido o imóvel, onde residiam juntos, adquirido pelo esforço de ambos. Pedido procedente em parte. Sentença mantida. Desprovisionamento do recurso. (17ª Câ. Cív.- Rel. Des. Maria Inês da Penha Gaspar). Publ. em 11.10.2006; TRF-4ª Região- Ap. Cív.200571100019690. “Concessão de pensão por morte- união estável entre casal homossexual comprovada. Na vigência da Lei n.8213/91, dois são os requisitos para a concessão de benefício de pensão por morte, quais sejam, a qualidade de segurado do instituidor e a dependência dos beneficiários que, se preenchidos, ensejam o seu deferimento. Faz jus à percepção de pensão por morte o companheiro homossexual, se demonstrada a união estável com o ex-segurado até a data do óbito” (6ª Turma- Rel. João Batista Pinto silveira) – Julg. em 28.2.2007.

da dignidade da pessoa humana, a igualdade entre os gêneros, a liberdade individual, a afetividade embasando as relações familiares e a não discriminação.

Frente à lacuna legislativa, valem-se os operadores do direito da interpretação atualizada e dialética, a hermenêutica construtiva, dos princípios de analogia e equidade, visando uma regulamentação do tema.⁴⁷¹

Sustenta Luiz Edson Fachin que é de indiscutível valia o preenchimento do vazio legislativo para expressar uma forma mais ampliada de compreensão das relações sociais aprendidas pelo direito. O pronunciamento legislativo vem para preencher esse espaço jurídico de definição de novos valores e vincula o próprio julgador. Completa ainda que “com virtudes e defeitos, toda manifestação legislativa pode ser um veículo situado no reconhecimento de uma mudança de padrões dentro e fora da família”.

Para o professor, “a aplicação da Lei n.8971/94, sem prejuízo da Lei n.9278/96, pode ser resgatada no sentido de sustentar a tese de direito de partilha do esforço comum entre companheiros ou conviventes. Esse instrumento legal, não obstante ser empregado para união estável entre o homem e a mulher, pode ser aplicado extensivamente para albergar as relações entre pessoas do mesmo sexo.E, se por um lado pode gerar alguma

⁴⁷¹Julgados: TRF-2ªRegião – Ap. Civ.323577- “Pensão por morte- Companheiro homossexual. O autor comprovou uma vida em comum com o falecido segurado por mais de vinte anos.os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas, que se tornam mais evidentes nos dias atuais, e virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célebre processo de transformação por que passa a sociedade. Compete ao juiz o preenchimento das lacunas da lei, para adequá-las a realidade social, descabendo, na concessão de pensão por morte a companheiro ou companheira homossexual qualquer discriminação em virtude da opção sexual, sob pena da violação dos artigos 3º, IV e 5º, I da CF.Apelação e remessa necessária improvidas. 3º Turma- Rel.Juiza Tânia Heine,j.3.6.2003”; STF- RE 406837-SP ‘ Insubsistente a pretensão de ver aplicada à hipótese destes autos- pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual- o disposto no artigo 226§3º da CF. Este preceito, embora represente avanço na esfera do direito social, somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão em casamento”.Decisão Monocrática- Rel. Min. Eros Grau- Publ. em 31.3.2005; STj-REsp 502995-RN “Dissolução de Sociedade de Fato- Homossexuais-Homologação de acordo-Competência-Vara Cível- Existência de filho de uma das partes-Guarda e responsabilidade – Irrelevância” – 4ªTurma, Rel.Min.Fernando Gonçalves, j.26.4.2005; TJRS – Ap. Civ.70012836755 “União Homoafetiva.Reconhecimento.Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família” -7ªCâmCiv. Rel Maria Berenice Dias, j.21.12.2005; TJRS- Ap. Civ 70007911001 “União Homossexual. Impossibilidade de equiparação à União Estável – O relacionamento homossexual entre duas mulheres não se constitui em união estável, de modo a merecer a proteção do Estado como entidade familiar, pois é claro o §3º do artigo 226 no sentido da diversidade de sexos, como também está na Lei 8971/94 e na Lei 9278/96. Entretanto, embora não se possa aplicar ao caso a possibilidade de reconhecimento de união estável,em tendo restado comprovada a efetiva colaboração de ambas as partes para a aquisição do patrimônio, impõe-se a partilha do imóvel, nos moldes do reconhecimento de uma sociedade de fato.Apelo parcialmente provido”- 8ªCâmCiv-Rel.des.Antonio Carlos Stangler Pereira, j.1.7.2004.

polêmica ou perplexidade, pode ser um caminho a ser trilhado enquanto a norma específica não vem”.

A Lei n.9278/96, em seu artigo 5º, propondo-se a regulamentar o §3º do artigo 226 da Constituição Federal, cria uma forma nova de condomínio entre os conviventes que adquirem bens móveis ou imóveis; essa situação pode incluir a metade dos bens adquiridos durante a comunhão de vida em face da colaboração mútua. Cabendo também referir a ideia de sociedade de fato que não se esgota na exegese da Súmula 380 do STF (“comprovada a existência da sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”).⁴⁷²

Álvaro Villaça Azevedo não descarta a possibilidade da proteção da união homossexual como uma forma de família, fruto dessa convivência duradoura entre pessoas do mesmo sexo, embora reconheça que este é um fenômeno recente que necessita de uma maior aceitação por parte da sociedade para ser regulamentada; vê a necessidade da proteção dos aspectos patrimoniais da mesma. Relembra, ainda, que, no passado, os princípios da sociedade de fato foram utilizados para beneficiar pessoas que viviam em concubinato. Entretanto, entende pela impossibilidade de analogia entre a união estável tal como apresentada na Constituição Federal e no Código Civil e a união estável homossexual, tal como vislumbram alguns autores numa visão mais construtivista dos princípios constitucionais. Estabelece parâmetros da sociedade civil a união formada por homossexuais, na atualidade.⁴⁷³

No mesmo sentido é o posicionamento majoritário da doutrina nacional referente ao tema. Entendem pela necessidade da dualidade de sexos para a configuração da união estável, na atualidade, Zeno Veloso, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves.⁴⁷⁴

Na concepção de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva “a dificuldade maior do reconhecimento de direitos iguais aos decorrentes da união estável entre um homem e uma mulher advém da disposição constante no artigo 226 da Constituição Federal, cujo caput e incisos, prevêm que a família constituída pela união

⁴⁷²FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil: direito de família*, cit., p. 123-125.

⁴⁷³AZEVEDO, Álvaro Villaça. União entre pessoas do mesmo sexo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 94, p. 14-15, 1999; FERNANDES, Taisa Ribeiro. *Unões homossexuais efeitos jurídicos*, cit., p. 162. Julgados: TJ-DFT-Conflit.Comp. 20040020013132 “Competência-Uniões Homoafetivas-Inexistência de Instituição Familiar- Sociedade de Fato- Juízo Cível”- 1ºCâmCiv. Rel. Sandra de Santis, p. 1.6.2004.

⁴⁷⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., v. 6, p. 543; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 5, p. 354-355; VELOSO, Zeno. Código comentado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Org.). *XVII Direito de família. Alimentos. Bem de família. União estável. Tutela e curatela*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 118.

estável exige a diversidade de sexos”, embora, relembrem que o artigo 5º da Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação aos direitos fundamentais, donde se destaca a liberdade que, por sua vez contém a liberdade de opção e de manifestação sexual.⁴⁷⁵

Existem na atualidade decisões judiciais favoráveis e não favoráveis ao reconhecimento da união homoafetiva como união estável, baseada nos dispositivos constitucionais supra citados.

Entretanto, para que se confira proteção às relações homoafetivas, entendem pela inserção, no Código Civil, de dispositivo protetivo às uniões fáticas de pessoas capazes que vivam em economia comum de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes, nos artigos atinentes à união estável.⁴⁷⁶

Para Zeno Veloso, o legislador constituinte, seguido pelo ordinário, considera união estável a convivência entre casais com sexos diferentes. Conclui, portanto, que “as parcerias homoafetivas ou as uniões homossexuais estão fora do ordenamento jurídico positivo”.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵Embora os reflexos das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo tenham respaldo no direito previdenciário, eleitoral, obrigacional e visam finalmente o direito de família.- *Curso de direito civil*, op. cit., p. 63. Tal como prevê Maria Alice Zaratín Lotufo “existem algumas sentenças de primeira instância reconhecendo e concedendo direitos aos alimentos, à moradia, à guarda de filhos, à visitação e até mesmo à herança” – LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Aplicabilidade de normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 73. As primeiras demandas envolvendo homossexuais, tiveram cunho essencialmente patrimonial, cujos pedidos eram endereçados às varas cíveis, a concepção de que essas relações configuram uniões afetivas surgiram num momento posterior, levando alguns intérpretes – sobretudo do TJRS-, a reconhecê-las como relação familiar.

⁴⁷⁶MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 69; Julgados: REsp 648763,RS:Recurso Especial 2004/004237-7,T4-Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j.7.12.2006- “Recurso Especial. Relacionamento mantido entre homossexuais. Sociedade de fato. Dissolução da sociedade. Partilha de bens. Prova. Esforço Comum: Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte provido”; TJRJ- Ap. Cível. 2006.001.59677. Des. Antonio Eduardo F. Duarte, j.19.6.2007, Terceira Câmara Cível “Civil. Rito Ordinário. Relacionamento entre homens. Homossexuais. União Estável. Companheiro falecido. Pleito objetivando a habilitação como pensionista. Regime de previdência complementar.Ausência da devida inscrição como dependente. Descabimento. Recurso provido: Ainda que evidenciada, por longo tempo, a relação homossexual entre dois homens, a ela não se aplica as disposições da Lei n.8971/94, sob alegação de existência de união estável, sobretudo porque a Carta Magna em seu artigo 226, estabelece que a família,base da sociedade, tem especial proteção do Estado,consignando no seu §3ºque para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento. Esse preceito constitucional, tem por escopo a união de pessoas do sexo oposto e não elementos do mesmo sexo. Ausente comprovação de inscrição do autor como dependente do associado junto à ré para fins de recebimento do benefício ora pretendido (pensionamento *post mortem*), sendo certo, ademais, que não se confunde com aquele contratado às fls. 29 (proposta de pecúlio), mostra-se de rigor a improcedência do pedido”; AGU defende união civil entre homossexuais. Fonte: CONGRESSO em Foco. Disponível em: <<http://congressoemfoco.ig.com.br/noticias.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

⁴⁷⁷VELOSO, Zeno. op. cit., p. 118.

Diverso é o pensamento de Maria Berenice Dias, para quem o caminho trilhado para o reconhecimento das parcerias homossexuais é o mesmo outrora percorrido para o reconhecimento do concubinato puro, união estável, lembrando que a dificuldade em aceitar as famílias constituídas fora do casamento impedia o reconhecimento de tais vínculos no âmbito do direito de família. (aduz que mesmo tendo a Constituição Federal reconhecido as uniões estáveis como entidade familiar, a jurisprudência só cedeu diante da lei que expressamente regulou a norma constitucional). Entretanto, entende que se a Constituição não garante expressamente direito aos parceiros homossexuais também não exclui a possibilidade de serem reconhecidos como entidade familiar, pois o elenco não é exaustivo, sendo impositivo fazer o uso da analogia, conforme determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. “como é a semelhança de situações que autoriza o uso dessa técnica, só por puro preconceito se deixa de ver a semelhança da união homossexual com a união estável”.⁴⁷⁸

Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “inclina-se a jurisprudência em reconhecer a existência de mera sociedade de fato, visualizando-se exclusivamente o vínculo negocial, negando-se a relação afetiva que existe com as características de família, procura-se desta forma alterar-se a origem do vínculo, que é originariamente afetivo, e não uma obrigação negocial de bens e serviços para o exercício de atividade econômica. Assim, chamar as uniões de pessoas do mesmo sexo de sociedade de fato e não de união estável, leva a sua conseqüente inserção no plano obrigacional, o que gera, como conseqüência, um alijamento da proteção oriunda do direito de família, o que faz decorrer o afastamento de direitos sucessórios”, e também de direitos parentais.⁴⁷⁹

Entendemos com Andréas Bucher que a natureza primeira da relação homossexual não é limitar-se ao plano patrimonial, como um contrato ou uma sociedade civil, mas sim, sua relação visa criar uma comunhão de vida, de exclusividade, de acento nitidamente familiar. Constitui, como aduz Bucher, “um modo de organização de vida, que mais se assemelha à categoria do estatuto pessoal.”⁴⁸⁰

Para Roger Raupp Rios, a equiparação das uniões homossexuais à união estável, pela analogia, implica a consideração da presença de vínculos formais e a presença de uma

⁴⁷⁸ FERNANDES, Taisa Ribeiro. op. cit., p. 163-164.

⁴⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 185.

⁴⁸⁰ BUCHER, Andréas. Le regard du législateur suisse sur le conflits de lois en matière de partenariat enregistré. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49, p. 138.

comunidade de vida duradoura entre os companheiros do mesmo sexo, assim como ocorre entre os companheiros de sexos diferentes, valorizando sempre, e principalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da não discriminação em virtude de sexo ou orientação sexual.⁴⁸¹

Pedro A. Talavera Fernández, pondera, amparado no pensamento de von Kirchmann, que “não se tem mais dúvidas na atualidade de que as uniões homossexuais, como patentes realidades de convivência afetiva reclamam o pleno reconhecimento jurídico e constituem um problema complexo para o direito, posto que não se trata tanto de outorgar-lhes uma normativa legal, quanto de determinar-se com clareza se entre duas pessoas do mesmo sexo pode-se ou não estabelecer-se, juridicamente falando, uma verdadeira convivência *more uxório*, e em última instância se a heterossexualidade define ou não de modo absoluto e definitivo a instituição matrimonial”.

Desta forma, aduz que o tratamento das uniões homossexuais necessita ser abordado tanto numa perspectiva jurídica – no âmbito privado, público, constitucional e jurisprudencial -, quanto sociológica e psicológica, para tentar evitar-se, assim, “a tentação do reducionismo e do estereótipo, para que se possa enfocar com justiça, clareza e precisão, o âmbito adequado para sua regulação: se público institucional ou privado contratual”.⁴⁸²

Face ao exposto, entendemos que a não aceitação social da homoafetividade leva à não assimilação dos homossexuais nas relações sócio-jurídicas, eximindo-os, desta forma, da aquisição plena de direitos civis, bem como do livre desenvolvimento de sua personalidade, marcado pela autoaceitação de suas intrínsecas potencialidades, bem como pela formação da família.

Posicionamo-nos, por via de consequência, no sentido da possibilidade do tratamento análogo à união estável, à união entre pessoas do mesmo sexo, mediante alteração legal, pois entendemos que os princípios basilares de composição familiar, valorizados na pós-modernidade, estão presentes: a *affectio* externada na vontade de constituir família, configurada no estabelecimento de relação pública, contínua e duradoura; a mútua assistência material e imaterial dos partícipes; a afetividade; o desejo

⁴⁸¹RIOS, Roger Raupp. A igualdade de tratamento nas relações de família. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (Orgs.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Porto Alegre: Ed. Sulina; Nuances, 2003. p. 191.

⁴⁸²KIRCHMANN, J. H. von. La jurisprudência no es ciencia, CEC, Madrid, 1983, 3ªed., p. 45 Apud TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 1-3.

de perpetuar-se, não mais pesando de forma contundente a orientação sexual das partes envolvidas.⁴⁸³

Entendemos ainda que o principal óbice para o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo é o preconceito e o desconhecimento das intrínsecas particularidades que envolvem o homossexual, que se vê submetido, por via de conseqüência, a inúmeros dissabores, frustrações e humilhações, sendo-lhe subtraído o direito à constituição familiar em detrimento do estabelecimento de mera sociedade de fato, em veemente desrespeito aos direitos humanos.

Podemos, entretanto, perceber que, graças aos reclames da sociedade, das manifestações das entidades GLBTT, da interpretação dos princípios constitucionais, dos intensos debates doutrinários realizados, do diálogo internacional, entre outros motivos relevantes, esse panorama vem mudando na realidade brasileira, evoluindo para o reconhecimento da união estável homossexual.⁴⁸⁴

No que tange à formação da família, à luz do entendimento doutrinário, não há como se falar em casamento homossexual por causa da igualdade de sexos. A Constituição Federal reconhece várias formas de composição de família, facilitando a conversão da união estável em casamento, que também impõe a dualidade de sexos. A falta dessa dualidade faz o “casamento” inexistente.⁴⁸⁵

⁴⁸³O governo brasileiro adota postura favorável à instituição da união estável entre pessoas do mesmo sexo – sendo que a Advocacia geral da união alega que a legitimação do status civil de parceiros homossexuais não fere a constituição, pelo contrário recepciona diversos valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a privacidade e a intimidade e proíbe a discriminação por orientação sexual. (AGU encaminhou parecer ao STF defendendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo). Fonte: ULTIMA Instancia. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

⁴⁸⁴Tal como divulgado pelo Jornal OESP em 22.8.2009, vem crescendo no Supremo apoio à união estável entre homossexuais, sendo o reconhecimento de união estável como entidade familiar previsto nos Estados do Rio Grande do Sul e de Goiás; o direito à partilha de bens é previsto no Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, DF e Paraná; o reconhecimento da parceria homossexual para fins previdenciários é previsto no Rio Grande do Sul, no Rio de Janeiro e no Acre; o benefício da pensão por morte é concedido no Rio Grande do Sul, no Acre, no Espírito Santo, em Santa Catarina e em Minas Gerais; No Rio Grande do Sul ainda é previsto o auxílio-funeral, o direito à herança, à visita a filhos gerados durante a relação e a adoção de crianças. Em São Paulo, a matéria referente às parcerias homoafetivas é eminentemente jurisprudencial. Por outro lado, em Mato Grosso não há previsão para situações envolvendo relações homoafetivas; na Bahia não se concedem benefícios às parcerias homossexuais. Existe forte tendência para o reconhecimento da união estável entre homossexuais, já preconizada pelo STF, incentivada pelo governo de vários Estados, tendo em vista o respeito aos princípios constitucionais. Outro sinal marcante de que a ideia está amadurecendo nas Cortes é que o Tribunal Superior Eleitoral reconheceu em 2004 a existência da família homoafetiva. Fonte: O Estado de S. Paulo, São Paulo, 22 ago. 2009. p. A28.

⁴⁸⁵O conceito de inexistência em face de identidade de sexos é matéria sedimentada pela doutrina pátria e alienígena, donde podemos citar o entendimento de San Tiago Dantas, Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, Silvio Rodrigues, Gérard Cornu e muitos outros, corrente à qual nos filiamos.

Na definição de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva, “casamento é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem seus filhos”.⁴⁸⁶

Para Silvio Rodrigues “casamento é um contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, em conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem à mútua assistência”.⁴⁸⁷

Preleciona Caio Mário da Silva Pereira: “casamento é a união de duas pessoas de sexos diferentes, realizando uma integração psíquico-física permanente”.⁴⁸⁸

Aplicando-se o termo -casamento homossexual-, que designa o casamento entre pessoas do mesmo sexo, vemos que numa perspectiva histórica refere-se à extensão aos casais homossexuais o mesmo direito de contrair matrimônio que possuem os casais heterossexuais. A maior parte dos Estados Nacionais não reconhece esse direito em seu quadro legislativo, outros, entretanto, o reconhecem, como o Canadá, a África do Sul, a Holanda, a Bélgica, a Espanha, os países Escandinavos, embora discordes sejam as questões atinentes à filiação – abrangendo tanto a adoção conjunta, quanto o direito ao reconhecimento do filho de seu consorte, quanto à possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida.

Como interpreta Pedro A Talavera Fernández, para uma parte significativa da sociedade, a figura do matrimônio institucional já não corresponde àquilo que se entende por uma “íntima relação de casal” na atualidade. O que se visa, na pós-modernidade, é uma relação fundada em valores mais verdadeiros, com liberdade, sinceridade de afeto, compromisso, muitas vezes menos institucionalizada. “Apoiada sobre considerações romano-canônicas, em conexão com um mundo de valores procedentes da tradição judaico-cristã, resulta obsoleta frente a uma sociedade aberta e democrática, onde respeita-se outra gama de valores, dever-se-iam ser liberalizadas outras formas plurais de organização de vida íntima comum, concedendo-se, assim, reconhecimento legal para outras formas de organização conjugal”.

Aduz ainda que “para institucionalizar juridicamente como marital/*more uxorio* uma convivência entre pessoas do mesmo sexo nas mesmas condições da união

⁴⁸⁶MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 23.

⁴⁸⁷RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*, cit., v. 6, p. 17.

⁴⁸⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., v. 5, p. 33.

heterossexual, requer-se uma justificativa jurídica e sociológica, que se traduzem na observância da possibilidade jurídica do estabelecimento da relação matrimonial, a análise das consequências oriundas desse reconhecimento, além da verificação da efetiva aceitação social do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo na sociedade local”.⁴⁸⁹

Pode-se, portanto, concluir que, além da possibilidade jurídica para a institucionalização do novo modelo de família, também a recepção pela coletividade dessas novas formas relacionais que se apresentam – ou seja, a maturação do novo instituto e a integração social do casal homossexual –, são de vital importância.

Persiste na atualidade, mesmo com a mudança paradigmática que conheceu a família, uma diferença de tratamento jurídico entre os casais homo e heterossexuais. Em nome da igualdade de direitos independentemente de orientação sexual, visa-se, na contemporaneidade, oferecer o direito ao reconhecimento familiar, bem como à homoparentalidade.⁴⁹⁰

Na esteira desse pensamento, pronunciou-se o Tribunal de Minas Gerais: “Tratando de casamento realizado entre duas pessoas do mesmo sexo, o caso não é de nulidade e sim de declaração de casamento inexistente. Existiu o ato, mas não existiu o casamento, e o ato é nulo porque inexistiu o casamento”.⁴⁹¹

Diversa é a ponderação de Maria Berenice Dias, para quem “na ausência de vedação constitucional ou legal, não há impedimento para o casamento do homossexual”.⁴⁹²

Como concebe Roger Raupp Rios, o reconhecimento das uniões homossexuais derivadas de casamento não encontra aceitação na doutrina ou na jurisprudência pátria, diferentemente de alguns países estrangeiros, que a reconhecem como tal.

Pensamos, entretanto, com Taísa Ribeiro Fernandes, uma vez que as relações homoafetivas apresentam os mesmos liames de afetividade, publicidade, estabilidade, realização de projetos comuns de vida, vontade de constituir prole, entre outros, visto o caráter intimista que congrega, “devem ser acatadas pelo direito positivo, aceitando todos os seus efeitos”, inclusive o direito a contrair matrimônio, não constituindo a orientação

⁴⁸⁹TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 14-15; 20.

⁴⁹⁰Fonte: MARIAGE Homossexuel. p. 1-2. *Wikipedia*. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homossexuel>.

⁴⁹¹BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*, cit., p. 189.

⁴⁹²DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 182.

sexual das partes elemento imprescindível para o estabelecimento da relação *more uxorio* do casal homossexual.⁴⁹³

No modelo brasileiro, ao sustentar-se a inexistência de óbice constitucional para a constituição da família homoafetiva decorrente de proibição expressa da norma constitucional ou de previsão positiva, postula-se a interpretação da Constituição de acordo com o cânone hermenêutico da unidade constitucional.

Preleciona Antonio Junqueira de Azevedo, “é preciso hoje, ultrapassar o neopositivismo constitucional e a limitação dos direitos humanos, corrigindo ou completando o direito atual com a ideia de direito como um sistema, cuja função é prevenir e solucionar conflitos, com o reconhecimento do valor ontológico da vida”. Desta forma, a Lei Maior encontra-se vinculada às vicissitudes históricas, donde deriva a interpretação em face do momento histórico em que vive.

Na atualidade, continua o professor, a interpretação constitucional dá-se através da análise dos princípios, sendo também outro pilar do direito atual a valorização dos direitos humanos, sintetizados na valorização da dignidade da pessoa humana; estes, conjuntamente, constituem os agentes últimos da argumentação jurídica.⁴⁹⁴

Desta sorte, tem-se que o perfil constitucional da relação homoafetiva baseia-se na preservação da liberdade individual, garantida pelo Estado, que tem o dever precípua de promover a igualdade frente à lei, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana, onde situa-se o direito de demonstrar-se socialmente como se é, bem como situar suas relações afetivas, de acordo com suas convicções pessoais e possibilidades, a livre manifestação do seu pensamento, promover o bem de todos, sem preconceito de origem, sexo, cor, raça, credo e quaisquer outras formas de discriminação, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visando erradicar a marginalização.⁴⁹⁵

Cumprir notar que o preconceito, o desconhecimento, a intolerância, uma plêiade de circunstâncias – definidas por Stuart Mill como a “tirania da maioria”, impede que seja regulamentada a união estável ou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, como já vem ocorrendo em diversos países da comunidade internacional.

Para Luiz Edson Fachin “dificuldades e resistências mostram o fosso abissal entre a realidade e seu espelho jurídico, tendo indiscutível valia instrumento que preencha esse

⁴⁹³FERNANDES, Taisa Ribeiro. op. cit., p. 75; TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 35.

⁴⁹⁴AZEVEDO, Antonio Junqueira de. op. cit., p. 10-12.

⁴⁹⁵DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 59-63.

vazio legislativo para expressar uma forma mais ampliada de compreensão das relações sociais apreendidas pelo Direito. O pronunciamento legislativo tem importância na medida em que preenche um espaço jurídico de definição de valores e vincula o próprio julgador. Com virtudes e defeitos, toda manifestação legislativa pode ser um vínculo situado no reconhecimento de uma mudança de padrões dentro e fora da família”.⁴⁹⁶

Entretanto, como na atualidade a doutrina pátria não equipara à entidade familiar o relacionamento homossexual, a jurisprudência, baseando-se nos costumes, vem ocupando paulatinamente o lugar de provedor de legitimidade dessas uniões, que a princípio vêm recebendo o status de sociedades de fato.

Pode-se concluir, em face do exposto, que, com a evolução dos tempos, o perfil da família alterou-se, o afeto que permeia a inserção familiar faz permitir que formas novas de família reclamem a proteção que merecem. Para tanto, valendo-se da hermenêutica construtiva, dos recursos da analogia e evocando-se os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, da isonomia, da não-discriminação, da autodeterminação, da pluralidade das estruturas familiares, da intimidade, visando a assunção do bem supremo da vida -a felicidade-, pensamos que nada obsta ao reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar, devendo-lhes ser estendido o manto da proteção legislativa e da inserção social, pois a sexualidade, antes de mais nada, é um direito personalíssimo do cidadão, a ser respeitado.

Na atualidade, luzes no entendimento doutrinário começaram a se acender, entendendo pela possibilidade da realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não apenas no reconhecimento patrimonial de seus direitos ou mesmo configuração análoga à união estável, tal como se integra ao arcabouço legislativo de países como a Espanha, a Bélgica, a Holanda, os países Escandinavos, a África do Sul, o Canadá, a Argentina e o Estado americano de Massachussetts.

Essa mudança de panorama legislativo alienígena acompanhou a evolução do conceito de família, tendo em vista os direitos humanos. Entende-se que negar o direito ao casamento a determinada parcela populacional devido à variação da sexualidade que apresenta seria violar dispositivos constitucionais internos (referentes à igualdade, à liberdade, à intimidade, à privacidade, a não discriminação, à dignidade pessoal), além de trazer sérias consequências aos referidos casais, como: egodistonia, exclusão de vários

⁴⁹⁶FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil: direito de família*, cit., p. 36-37 e 124.

direitos de cunho econômico, acesso à parentalidade, além da supressão *per se* do status matrimonial e seus derivativos: desenvolvimento de projetos de vida, estabilidade social, afetividade e fidelidade mútua em vez de preconizar única e tão somente a proteção patrimonial.⁴⁹⁷

A questão continua, todavia, suscitando controvérsias, como elencam Gèrard Cornu e Wilfried Schluter, nos exemplos dos modelos francês e alemão, respectivamente.

Preleciona Gèrard Cornu que o casamento é uno e indivisível, denominador comum e *locus* de inserção de todos os cidadãos que o procuram, independente de sua origem, opinião, religião, etnia ou situação. É esse casamento que o legislador e o poder público têm o dever de respeitar como um dos símbolos mais fortes da sociedade francesa, não para impor (e quem o quererá, já que sua porta de entrada é um contrato?), mas para salvaguardar seu monopólio institucional. Quanto à parceria civil homossexual, continua o autor, trata-se basicamente de apontar o que faz casamento e homossexualidade antinômicos.

Os homossexuais gozam de fato e de direito das mesmas liberdades civis e dos mesmos direitos da personalidade que os demais, como a liberdade sexual, o respeito à vida privada, a não discriminação em face da lei. Eles têm o pleno gozo do direito comum. Ou melhor, eles têm tudo, menos o casamento. Por que querer se casar? Em nome da igualdade civil? O casamento nada tem a ver com essa questão, pois não é um repositório de direitos subjetivos, mas sob a égide do direito objetivo, uma instituição, que desde os primórdios vem alicerçada em três estruturas basilares: a monogamia, a publicidade e a dualidade de sexos. Para Gèrard Cornu, não há direito subjetivo capaz de amputar do casamento um desses seus pilares constitutivos.

Sinteticamente, entende que para que se faça juz ao casamento deve-se respeitar sua estrutura fundamental, caso contrário as relações familiares se erguerão sob o manto da união livre, na França, regulada pelo PACS.⁴⁹⁸

No modelo alemão, visando evitar-se discriminação em razão da orientação sexual e incentivar a igualdade de tratamento, foi editada a Lebenspartnerchaftsgesetz- a lei que introduziu o novo instituto jurídico da união estável homossexual registrada, cujas regras

⁴⁹⁷HARVARD Law Review. *Sexual orientation and the law*, cit., p. 93-98; ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets and into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation*. USA: University of Michigan Press, 2009. p. 176-177.

⁴⁹⁸CORNU, Gèrard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 115-116.

são muito similares às do casamento, equiparando-a a este, inclusive quanto aos efeitos jurídicos, embora o direito alemão só reconheça o casamento entre pessoas de sexos diferentes, e goze este de ampla proteção do Estado, além de um status familiar superior em face das outras formas de constituição de família, conforme dispõe o art.6 al.1 GG.⁴⁹⁹

Outros países, entretanto, tais como a Espanha, a Holanda, a Bélgica, a Suécia, a Noruega, o Canadá e a África do Sul, alterando suas Cartas Constitucionais, garantiram ao homossexual o direito ao casamento, denominado casamento sexualmente neutro.

Miguel Reale enfatiza a importância da representação da pessoa humana, como valor-fonte de todos os valores, “do reconhecimento concomitante do valor singular intocável da subjetividade humana onde cada um só pode encontrar em si, na raiz de sua própria subjetividade e corporeidade, a sua imagem possível e irrenunciável, de tal modo que sendo fiel a si mesmo, possa cada vez mais tomar consciência do sentido universal da humanidade em geral, devendo cada um se realizar em conformidade com o seu ser pessoal, na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico e cultural a que pertence”.⁵⁰⁰

Nesse sentido aduz Celso Lafer, apoiado na concepção de Hanna Arendt, que “a realidade é complexa e rica nas suas particularidades e contingências, onde se almeja o exame de condições políticas e jurídicas que permitam assegurar um mundo comum, assinalado pela pluralidade e pela diversidade, vivificado pela criatividade do novo, através do exercício da liberdade, tendo em vista a importância da dignidade da pessoa humana, pois a diversidade e a pluralidade são características da condição humana na proposta arendtiana de um mundo centrífugo”.⁵⁰¹

Podemos concluir, assim, que no correr dos tempos houve uma significativa alteração da mentalidade da sociedade, nesse sentido, o perfil da família mudou, reconhecendo a lei, amparada nos costumes, na moral e no momento histórico vigente, formas novas de relações familiares, valorizando em sua gênese a afetividade, a estabilidade e a publicidade, independente da orientação sexual dos partícipes, representando assim, o *locus* perfeito para a inserção do homossexual nas formas legais de família, tendo em vista os princípios constitucionais presentes no Estado democrático de direito.

⁴⁹⁹SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família BGB – Familienrecht*, cit., p. 487-488.

⁵⁰⁰REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*, cit., p. 101.

⁵⁰¹LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit., p. 15 e 23.

Assim, o casamento tradicional deixa de ser a única forma aceitável de vida em comum, abrindo espaço para formas novas, que representam os anseios da população.

Através dos estudos realizados, pudemos também concluir, com base nos exemplos extraídos do direito comparado, que embora haja na pós-modernidade um solo fértil para a inserção do casamento homossexual e do casamento nos estados intersexuais, o caminho para sua efetiva sedimentação é longo, passando pelos reclames da sociedade; as manifestações das entidades GLBTT – que clamam por visibilidade, respeito de suas necessidades e direitos; debates e disputas políticas oriundos das ideologias dos diversos partidos políticos (onde alguns mais conservadores permanecem arraigados ao conceito e à função tradicional, da família); a observação dos princípios constitucionais de igualdade, liberdade, dignidade humana, não discriminação – e seus reflexos nas ações legislativas posteriores; chegando-se num primeiro momento à elaboração dos partenariats – pactos de parceria civil registrados, com viés preponderantemente contratual visando a proteção patrimonial das partes; até que finalmente se atinja uma maior etapa de conscientização democrática e através, de alteração constitucional e introdução de lei própria, a introdução do casamento neutro em matéria de sexo, conferido igualdade plena de direitos familiares às partes.

Consideramos, ainda, embora favorável à introdução no modelo legislativo brasileiro do citado casamento neutro em matéria de sexo, por crer que o casamento se demonstra na pós-modernidade como uma instituição que visa reforçar e tornar visível uma relação humana estável, baseada na afeição e interesses unos; que a realidade brasileira – que não é a europeia – encontra-se ainda num patamar anterior de amadurecimento, sendo mais viável do ponto de vista da aceitação cultural por parte da sociedade, inicialmente o reconhecimento da relação homoafetiva nos moldes da união estável, como deixa antever a posição de diversos Estados nacionais, que já vem reconhecendo assim a união homossexual, e num segundo momento, onde já mais cristalizada a visibilidade dessas relações, finalmente ampliar o conceito de casamento tendo em vista a realidade social.⁵⁰²

⁵⁰² Conforme publicação na Folhaonline, em 22.8.2009, em artigo intitulado “Justiça de nove Estados e do DF já reconhece união homossexual”, nove Estados brasileiros já reconhecem a união homossexual: Rio Grande do Sul, São Paulo, Espírito Santo, Distrito Federal, Goiás, Acre, Piauí, Mato Grosso e Alagoas. Os demais não têm decisões favoráveis a esse tipo de questão. Aguarda-se, entretanto, a manifestação do STF no sentido de regular essas uniões. Enquanto não se tem uma regulamentação legal, a decisão dos casos práticos permanece a critério de cada juiz, sendo ainda preponderante o viés meramente patrimonial que se aplica às relações entre pessoas do mesmo sexo. Fonte: JUSTIÇA de nove Estados e do DF já reconhece união homossexual. *Folha online*, São Paulo, 22 ago. 2009. p. 1. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>. Também em 22.8.2009 publica o jornal OESP, GALLUCCI, Mariângela.

3.2.1.5. Principais Projetos de Lei

No momento atual, inexistente no Brasil, diferentemente de outros países, legislação regulamentadora que proteja os homossexuais. Visando regulamentar as relações entre pessoas do mesmo sexo, encaminhou, a então deputada Marta Suplicy (PT-SP), em 1995, a proposta de emenda à Constituição n.139, visando inserir entre os objetivos principais do Estado a promoção do bem de todos sem preconceito de orientação sexual e, para tanto, alterar os artigos 3º e 7º da Carta Constitucional e regular a nominada união civil de pessoas do mesmo sexo.⁵⁰³

O **Projeto de Lei n.1151/95** tramita no Congresso Nacional como Parceria Civil Registrada entre Pessoas do Mesmo Sexo, e tem por finalidade disciplinar a “união civil entre pessoas do mesmo sexo”, foi substituído pelo Projeto de lei n.1151-A/97 de autoria do Deputado Roberto Jefferson (PTB/RJ), que foi aprovado por deliberação da Comissão Especial da Câmara dos Deputados.⁵⁰⁴

Concebe Luiz Edson Fachin que “o emprego do termo parceria pareceu mais adequado às finalidades do projeto do que o termo união”.⁵⁰⁵

O Projeto original estatui que sua finalidade precípua é garantir aos homossexuais direitos fundamentais e direitos patrimoniais, não tendo entretanto o intuito de equiparar a união homoafetiva ao casamento.

Assim, o Projeto de união civil entre pessoas do mesmo sexo, seria registrado no Cartório de Pessoas Naturais e teria como requisitos basilares a capacidade civil, observados os impedimentos matrimoniais, nos moldes dos pactos europeus. Sua dissolução seria *causa mortis* ou através de processo judicial. A partilha de bens obedeceria aos pactos contratuais estabelecidos.

Cresce no Supremo apoio à união estável entre homossexuais: Ministros podem unificar entendimento sobre o tema; estudo mostra que sentenças têm variado entre os Estados. *Estadão*, 22 ago. 2009. p. A28. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090822/not_imp422924,0.php>. que retrata crescente anuência dos Ministros do STF em favor do reconhecimento da união estável entre homossexuais, bem como todos os direitos dela decorrentes como a concessão de pensão e possibilidade de adoção.

⁵⁰³ Por motivos que passam por interesses políticos, costume arraigado e preconceito, a votação dessa Emenda Constitucional está parada no Congresso há mais de dez anos.

⁵⁰⁴ A utilização do termo união descartava inicialmente a idéia, repulsiva para vários segmentos sociais, de alusão ao casamento.

⁵⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 52-53, out. 1996.

O bem imóvel de propriedade dos contratantes dessa união seria protegido pela legislação correlata ao bem de família, e os direitos previdenciários equiparariam os contratantes de união civil aos conviventes em união estável.

Os direitos sucessórios, por seu turno, seriam também estendidos aos homossexuais contraentes, de forma a lhes garantir o usufruto vidual em concorrência com ascendentes e descendentes, e em caso de inexistência de outros herdeiros, a totalidade da herança. Gozariam também os contratantes do benefício dos alimentos em caso de dissolução do vínculo de união.⁵⁰⁶

O Projeto de lei destitui expressamente a orientação sexual como elemento de cunho discriminatório, reconhecendo direitos sucessórios, benefícios previdenciários, seguro-saúde, direito à nacionalidade no caso de estrangeiros que tenham como parceiros cidadã ou cidadão brasileiros, estabelecendo assim diversos direitos consoantes às várias categorias de entidades familiares; não visou porém o projeto em tela à equiparação ao casamento. Também não regula a possibilidade de adoção, ou constituição de família.⁵⁰⁷

Retrata Álvaro Villaça Azevedo que “o relator desse projeto, Deputado Roberto Jefferson, votando pela sua constitucionalidade e o aprovando no mérito nos termos do substitutivo também por ele oferecido, entende que negar aos homossexuais os direitos básicos surgidos de sua parceria equivale a repudiar os princípios constitucionais - a dignidade da pessoa humana; a justiça e a solidariedade entre os homens; a não discriminação; o respeito aos direitos humanos”.

Completa ainda o professor que o parecer da Comissão Especial não foi unânime, elencando-se pelos diversos parlamentares diversos pensamentos contrários ao projeto, como o esfacelamento da família, a desvirtuação do instituto, o prejuízo à ética e à consciência coletiva dos cidadãos, entre outros, mas entendeu pela constitucionalidade e pela aprovação do projeto, com as alterações do Substituto e da mesma Comissão.

Elucida ainda que bastante forte foi também a rejeição do Projeto pelos Deputados católicos e evangélicos, que chegaram a ameaçar de boicote o projeto de ajuste fiscal, caso houvesse a votação deste.

⁵⁰⁶ RODRIGUES, Irene; BEO, Cintia. União homoafetiva: aspectos civis e constitucionais, cit., p. 676-677; DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 123-127.

⁵⁰⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*. São Paulo: Ed. Jurídica brasileira, 2001. p. 478.

Assim, em face a acirrada oposição apresentada, o projeto em tela continua sem andamento.⁵⁰⁸

Vê-se, desta sorte, que há muito o que evoluir na valorização dos direitos individuais do homem na realidade brasileira, pois como retratou Stuart Mill “o único fim que garante a humanidade é a autoproteção”. Nesse sentido, a defesa da liberdade do indivíduo contra o controle social e político se dá valorizando a mais ampla variedade da vida e do caráter humano, procurando os meios legais de evitar a “tirania da maioria”, na concepção miliana, um dos males contra os quais a sociedade exige proteção, e para tal, além da lei de direitos civis, a persistente busca da tolerância.⁵⁰⁹

Peca entretanto o Projeto em tela pela ausência da alusão ao direito de adoção conjunta aos parceiros homossexuais. A parentalidade homoafetiva tem, em meu entender, o condão de suprir a carência de amor, de afeto, de pertencimento a um núcleo familiar a milhões de crianças relegadas ao abandono.

O Projeto de Lei n.1151 de 1995, foi substituído pelo **Projeto de Lei n.1151-A/97** de autoria do Deputado Roberto Jefferson, e adotado pela Comissão Especial em 10 de dezembro de 1996.

O Projeto substitutivo pouco altera o Projeto original, mas acrescenta-lhe o reconhecimento da parceria civil, de acordo com a designação adotada pela nova redação, para fins de preferência de concessão de vistos de permanência no país, de estrangeiros que convivam com brasileiros no regime de parceria registrada; e a atribuição da condição de dependente para fins de legislação previdenciária e de composição de renda para a aquisição de casa própria.⁵¹⁰

Para Álvaro Villaça Azevedo, o § 3º do Projeto Substitutivo cria perigosamente um novo estado civil, que não pode ser alterado sem a extinção do contrato de parceria civil registrada, e não é concedido aos conviventes na união estável, que é reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, podendo levar a sua desconstituição a um assoberbamento do judiciário ou mesmo danos à comunidade no caso da separação de fato e a consequente constituição de nova parceria.⁵¹¹

⁵⁰⁸AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*, cit., 2001, p. 478-479.

⁵⁰⁹MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*, cit., p. 5-7.

⁵¹⁰RODRIGUES, Irene; BEO, Cintia. op. cit., p. 676-677.

⁵¹¹AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto de família de fato*, cit., 2001, p. 481.

O Projeto substitutivo visou realizar uma proteção de cunho patrimonial dos contratantes, sem, no entanto, ter previsão legal para as questões de filiação ou mesmo de equiparação ao casamento.

Há também o **Projeto de Lei n.5252 de 2001**, que pretende criar e disciplinar o pacto de solidariedade, apresentado posteriormente pelo Deputado Roberto Jefferson, inspirado na legislação francesa.

O Projeto de Lei, ora em trâmite no Senado Federal, destitui expressamente a orientação sexual como elemento de cunho discriminatório, podendo, como nos modelos europeus ser estabelecido o pacto entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente. Outorga direitos sucessórios; benefícios previdenciários; direito à nacionalidade, no caso de estrangeiros que tenham como parceiros cidadã ou cidadão brasileiro; proteção patrimonial, estabelecendo, assim, direitos às várias entidades familiares.

Entretanto, como o PACS francês, não cria elos de família entre as partes, não lhes impondo, por via de consequência, nenhum efeito de natureza pessoal como dever de fidelidade, de coabitação ou de adoção. Seus maiores efeitos são de cunho patrimonial, apresentando uma natureza eminentemente contratual.

Ainda no modelo francês, entende Hugues Fulchiron que “sua roupagem contratual não lhe retira a natureza pessoal”, pois este guarda grande proximidade com o casamento no sentido de ser um estatuto alternativo para os casais homossexuais de regular sua união comum, impõe às partes deveres e obrigações, observada a moralidade pública e os bons costumes- obedece aos mesmos impedimentos que o casamento, assim como a capacidade das partes, a monogamia.⁵¹²

Entendemos, pessoalmente, que num primeiro momento, a anuência ao pacto de convivência civil registrada, cobriria a lacuna legislativa que alcança os homossexuais, garantindo-lhes a segurança jurídica que necessitam para sair da clandestinidade e passar a viver de forma autêntica e digna a plenitude de sua personalidade.

Entretanto, com o passar do tempo, as conclusões alcançadas frente às premissas elaboradas faz-se perceber que a simples proteção contratual não eliminava o cunho discriminatório outorgado aos parceiros do mesmo sexo, que visavam, no estágio atual da civilização e do desenvolvimento das ciências, a inclusão real, no seio da sociedade,

⁵¹²FULCHIRON, Hugues. Pacs et partenariats enregistrés en DIP français. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, cit., p. 88-94.

podendo nesse sentido ter acesso à estrutura dos institutos que compõem o direito de família.

A discriminação social oriunda da descoberta de suas íntimas preferências traz ao indivíduo homossexual um enorme desgaste psíquico e emocional. Faz-se imperativo analisar a questão do homossexual em face do princípio constitucional da igualdade, pois, num enfoque multidisciplinar, tem-se que muitas vezes, sua exclusão dá-se em virtude daquilo que, efetivamente não se escolheu.

Difícil é na prática compatibilizar os princípios da liberdade e da igualdade, pois como adverte Norberto Bobbio, “o libertarismo e o igualitarismo fundam suas raízes em concepções do homem e da sociedade profundamente diversas, sendo que para o liberal o fim principal é a expressão da personalidade individual e, para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade, em seu conjunto, mesmo no custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares”.⁵¹³

Por iniciativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) foi apresentado um **Projeto de Lei de n.2285/07**, denominado Estatuto das Famílias, que traduz os valores basilares que estão consagrados nos princípios que afluem dos artigos. 226 a 230 da Constituição Federal. A denominação utilizada, "Estatuto das Famílias", contempla melhor a opção constitucional de proteção das variadas entidades familiares existentes na contemporaneidade. Anteriormente, apenas a família formada pelo casamento, única modalidade legítima de família, era objeto do direito de família.

O Estatuto sistematiza as regras especiais do casamento, da união estável, da união homoafetiva e da família parental, na qual se inclui a família monoparental, tendo em vista que a Constituição Federal atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e igual merecimento de tutela, sem hierarquia entre elas.

O Capítulo referente ao casamento é o mais extenso, dada a importância que este possui perante a sociedade brasileira, sistematizando as matérias a ele conexas, de modo sequenciado: existência, validade, eficácia, regime de bens, divórcio e separação.

No que tange à União estável, o Estatuto procurou eliminar as assimetrias presentes no Código Civil, no que concerne aos direitos e deveres comuns dos conviventes, em relação aos idênticos direitos e deveres dos cônjuges. Quando a Constituição se dirige ao legislador para que facilite a conversão da união estável para o casamento, não institui

⁵¹³BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, cit., p. 39.

aquela em estágio provisório do segundo. Ao contrário, a Constituição assegura a liberdade dos conviventes de permanecerem em união estável ou a converterem em casamento. Da mesma maneira, há a liberdade de os cônjuges se divorciarem e constituírem, em seguida, ou tempos depois, união estável entre eles, se não desejarem casar novamente.

Uniformizaram-se os deveres dos conviventes, entre si, em relação aos deveres conjugais.

Optou-se por determinar que a união estável constitui estado civil de "convivente", retomando-se a denominação inaugurada com a Lei nº 9.263/ 1996, que parece alcançar melhor a significação de casal que convive em união afetiva, em vez de companheiro, preferida pelo Código Civil. Por outro lado, o convivente nem é solteiro nem casado, devendo explicitar que seu estado civil é próprio, inclusive para proteção de interesses de terceiros com quem contrai dívidas, relativamente ao regime dos bens que por estas responderão.

Quanto à denominada união homoafetiva, privilegia-se que o estágio cultural que a sociedade brasileira vive, na atualidade, encaminha-se para o pleno reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

A norma do art. 226 da Constituição de 1988 é de inclusão - diferentemente das normas de exclusão das Constituições anteriores, desta sorte, abrigam os diversos arranjos familiares existentes na sociedade, ainda que diferentes do modelo matrimonial. A Constituição atual não veda expressamente o relacionamento de pessoas do mesmo sexo e nesse sentido, a jurisprudência brasileira tem procurado preencher o vazio normativo infraconstitucional, atribuindo efeitos pessoais e familiares às relações entre essas pessoas.

Ignorar essa realidade é negar direitos às minorias, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Tratar essas relações cuja natureza familiar salta aos olhos como meras sociedades de fato, como se as pessoas pertencessem a uma sociedade de fins lucrativos, é uma violência que se perpetra contra o princípio da dignidade das pessoas humanas, consagrado no art. 1º, III, da Constituição, sendo pois inconcebível interditar aos homossexuais direitos sociais assegurados, em razão de suas orientações sexuais.⁵¹⁴

⁵¹⁴Projeto de Lei nº 2285/07 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA). In Anais do IBDFam.

CAPÍTULO IV. DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I - guarda e convivência com os filhos;

II - a adoção de filhos;

III - direito previdenciário;

IV - direito à herança.

Vê-se, portanto, que o Projeto de Lei denominado “Estatuto das famílias”, outorga uma gama maior de direitos aos parceiros homossexuais que os demais Projetos anteriormente apresentados.

Também o **Projeto de Lei n. 4914/2009** sobre união estável entre pessoas do mesmo sexo apresentado pelo Deputado José Genoíno (PT-SP), e cuja ação é de iniciativa da ABGLT (Associação brasileira de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros), por meio do Projeto Aliadas, e da Frente Parlamentar pela Cidadania LGBT, visa sanar a lacuna legislativa que existe para regular as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A proposta do projeto foi finalizada pela ABGLT (Associação brasileira de gays, lésbicas e transgêneros) em parceria com a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Contou com a colaboração de representantes do movimento LGBT de todos os estados brasileiros, da diretoria da ABGLT, da Articulação Brasileira de Lésbicas, da Articulação Nacional de Travestis e Transexuais, da ABRAGAY. Esse projeto apresentado representa um substitutivo ao projeto de autoria da ex-deputada Marta Suplicy, anteriormente referido.

O projeto não visa converter a união estável em casamento, mas sim conferir garantia aos direitos civis, à população GLBT. Sua importância reside no fato de que ao invés de buscar a criação de um novo instituto jurídico – união ou parceria civil – trabalha com a equidade entre os direitos de heterossexuais e homossexuais, do ponto de vista da união estável.

Para José Genoíno, integrante da Frente Parlamentar pela Cidadania LGBT, “foi fundamental a articulação da ABGLT e da Frente Parlamentar na proposição do projeto.”

Câmara dos Deputados

Projeto de Lei nº 4.914 de 2009 – altera a lei 10406, de 10 de janeiro de 2002

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - Esta lei acrescenta disposições à Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, relativas à união estável de pessoas do mesmo sexo.

Art. 2º - Acrescenta o seguinte art. 1.727 A, à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

“Art. nº 1.727 A - São aplicáveis os artigos anteriores do presente Título, com exceção do artigo 1.726, às relações entre pessoas do mesmo sexo, garantidos os direitos e deveres decorrentes.”

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.⁵¹⁵

Existe, ainda, concernente ao reconhecimento da família formada por pessoas do mesmo sexo, a concepção de Maria Berenice Dias, para quem “a Lei Maria da Penha” (Lei 11.340/06) insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas, uma vez que estabelece, à luz dos artigos 2º e 5º, no âmbito da violência doméstica, o conceito de que as uniões de pessoas do mesmo sexo sejam entidades familiares, alargando assim o conceito de família, não mais valorizando o componente de natureza sexual para sua formação”.

“Ainda que a lei tenha por finalidade proteger a mulher, acabou por cunhar um novo conceito de família, independente do sexo dos parceiros”.

Em seu artigo 2º dispõe: Toda mulher independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. O § único do artigo 5º reitera a independência da orientação sexual para a configuração da violência doméstica e familiar. Como dispõe Maria Berenice Dias “o preceito tem grande repercussão, uma vez que assegura proteção legal a fatos que ocorrem no ambiente doméstico, incluindo aí as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares”.

Conforme sua disposição “possui amparo legal a proteção da mulher, sem nenhuma exclusão fática distintiva, ou seja, sem distinguir sua orientação sexual, encontra proteção a lésbica, a travesti, a transexual que mantenha relação íntima de afeto em ambiente familiar

⁵¹⁵Fonte: MIXBRASIL. Disponível em: <<http://mixbrasil.uol.com.br/upload/noticia/shtml>>.

ou de convívio”, não sendo mais cabível o questionamento da natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo.⁵¹⁶

Mais adiante vai o entendimento de Roberto Lorea, para quem, a partir da nova definição de entidade familiar trazida pela Lei Maria da Penha, não cabe mais questionar a natureza dos vínculos formados por pessoas do mesmo sexo, pois a nova definição legal da família brasileira se harmoniza com o conceito de casamento do art.1511 do Código Civil (“o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”), não apenas deixando de fazer qualquer alusão à oposição de sexos, mas explicitando que a heterossexualidade não é condição para a realização do casamento.⁵¹⁷

Para a autora, “a normatização levada a efeito faz restar completamente esvaziados todos os projetos de lei em tramitação e que visam regular a união civil ou a parceria civil registrada, pois a entidade familiar já veio conceituada, independentemente da orientação sexual dos seus partícipes”.⁵¹⁸

Pensamos, entretanto, com Ivete Senise Ferreira, que a citada Lei Maria da Penha, inovou o campo legislativo pátrio, uma vez que não havia anteriormente uma lei específica sobre a violência doméstica contra a mulher. Nesse sentido, conceitua a referida lei a violência doméstica e familiar em seu artigo 5º, bem retratando que esta independe da orientação sexual dos partícipes. Dispõe, em seu artigo 6º, que a violência doméstica contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (tutelada por diversas Convenções internacionais).⁵¹⁹

Embora entendamos que a referida lei traga menção expressa da inobservância da orientação sexual para tutelar a ofendida, em casos de agressões cometidas no âmbito doméstico, familiar, afetivo, ou meramente relacional, pensamos que para a efetiva formação da família homoafetiva primaz se faz, entre os diversos caminhos conhecidos, que seja elaborada lei específica para o tema, tal a sua importância para a sociedade (pois as definições contidas na Lei Maria da Penha, sua esfera de abrangência, referem-se ao âmbito da criação de mecanismos para coibir-se a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º artigo 226 da Constituição Federal).

⁵¹⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 190-191.

⁵¹⁷LOREA, Roberto Arriada – A nova definição legal da família brasileira Apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 191.

⁵¹⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 190-191.

⁵¹⁹FERREIRA, Ivete Senise. Comentários à Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). In: DIAS, Josefina Maria de Santana (Coord.). *A mulher e a justiça*. São Paulo: IASP; Lex Ed., 2009. p. 100.

No plano internacional foi elaborado pelo governo brasileiro um projeto de Resolução, frente à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 22 de abril de 2003, visando coibir a discriminação com base na orientação sexual denominada “Direitos Humanos e Orientação Sexual”.

Afirma a delegação brasileira que a Resolução apresentada “não cria direitos novos, mas afirma a internacionalização dos direitos humanos”. Essa Resolução fez suscitar vigorosa oposição por vários países, principalmente os islâmicos, cuja pressão em face dos acordos comerciais dos países árabes, a pressão do Vaticano e o governo com posturas à direita de Bush impediram a reapresentação da proposta brasileira em novas seções da ONU.⁵²⁰

Entendemos que a população brasileira, na esteira da de outros países, vem lutando, no plano interno e no externo, para vencer a guerra contra o preconceito, visando fortalecer o Estado democrático de direito e promover o desenvolvimento social e global, pois, como se sabe, os relacionamentos homoafetivos são uma realidade que têm uma visibilidade cada vez maior no Brasil e no mundo.

A ausência de norma legal faz com que a jurisprudência venha suprimindo essa lacuna, com base na aplicação da analogia e na equidade, tendo em vista os princípios gerais de direito, mas inegável é concluir que a população GLBTT encontra-se ainda em flagrante desamparo frente à proteção dos seus direitos humanos.

Portanto, concluímos que primaz é o reconhecimento no ordenamento jurídico nacional da união homoafetiva – nos moldes do projeto que proporemos no estudo em questão.

3.2.1.6. A filiação – adoção por homossexuais

A adoção, numa perspectiva histórica, sofreu profundas alterações em seu significado desde a Antiguidade até os dias atuais.

De uma instituição que visava a preservação do culto religioso doméstico, do nome e do patrimônio das famílias e que praticamente caiu em desuso na Idade Média - onde o

⁵²⁰Fonte: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. p. 1. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/estrutura/sedh>>; THE GULLY Online Magazine. Disponível em: <http://thegully.com/articulosgay_mundo>.

Direito Canônico impunha a necessidade de se assegurar a pureza e a linhagem da prole -, e que posteriormente funcionou como meio de inclusão na sociedade familiar de filhos incestuosos e adulterinos, evoluiu para um instituto filantrópico de caráter acentuadamente humanitário. Adaptou-se, portanto, aos reclames culturais advindos das intrínsecas alterações estruturais que a sociedade conheceu.

A partir da primeira Grande Guerra, houve uma mudança no espírito da adoção. Aparece, pela primeira vez o desejo de ter um filho e não apenas o desejo de se estabelecer descendência.⁵²¹

Retrata San Tiago Dantas que no direito moderno a função da adoção era a de garantir descendência às famílias estéreis e foi incrementado pela introdução de ideias assistenciais com o incremento da solidariedade entre os homens.

No Brasil, o Código Civil de 1916 disciplinou o instituto, mas valorizava-se principalmente o interesse do casal adotante e não o do menor, não desaparecendo a ideia da adoção como um corretivo para a impossibilidade de se gerarem filhos naturais. Em sua redação original, só os maiores de 50 anos sem prole poderiam adotar à luz do disposto no art.368 ;com a modificação introduzida pela Lei n.3133 de 8.5.1957, os maiores de 30 anos poderiam adotar, mas, se casados fossem, deveriam esperar o lapso temporal de cinco anos para fazê-lo; com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.8069 de 13.7.1990, a adoção passou a ser possível ao maior de 21 anos, independente de estado civil, com ou sem prole, como dispõe o seu art.42.⁵²²

Em face das novas modalidades de família que se formaram na pós-modernidade, acirrado debate se faz em torno da possibilidade de adoção por parte de casais formados por pessoas do mesmo sexo.

Isso se dá tanto pelo temor da “destruição da civilização como consequência do rompimento da ordem simbólica”, quanto pelo desconhecimento efetivo dos eventuais prejuízos de ordem moral, clínica ou psicológica para as crianças educadas nesse tipo de família; embora ressalte Elizabeth Zambrano que “a civilização não foi afetada pelas

⁵²¹ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 137-139; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 401; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, cit., p. 506.

⁵²²DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, cit., p. 385-387; MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 401.

famílias homoparentais, que já existiam há muito tempo na realidade social. Falta simplesmente seu reconhecimento legal”.

Amparada no pensamento de Levi Strauss aduz que “a família é o local onde se desenvolvem as normas de filiação e parentesco, que são vínculos afetivos que se formam”.

Representa esta, portanto, uma construção cultural constituída por um sentimento de pertencimento a determinado grupo, permeado por questões de ordem moral e social.⁵²³

Neste sentido, entendemos que descabe qualquer menção referente à orientação sexual das partes.

Nas palavras da psicanalista Betty Milan, “não vejo como é possível nos tempos de hoje se opor à adoção de uma criança por um casal homo ou heterossexual, ou por um solteiro que deseje adotar um filho, e tenha condições para educá-lo. O que é preciso para desalojar o preconceito? para desqualificar o moralismo dos que não querem enxergar a realidade? Quem pode educar, pode adotar.”⁵²⁴

Pesquisas realizadas apontam para a plena adequação do homossexual para a adoção, sendo que a ausência de pais dos dois sexos não parece ter nenhuma influência sobre o desenvolvimento da identidade sexual, psicológica, nem na adoção de modelos de gênero pertinentes ao seu sexo biológico, por parte das crianças adotadas por homossexuais.⁵²⁵

Isso dá-se pelo fato de que não é somente no âmbito familiar, mormente na relação pais e filhos, que se molda a sexualidade. Esta sofre influências do meio externo em que a criança convive, sendo grande o peso dos relacionamentos horizontais entre as crianças na construção de sua sexualidade.

⁵²³ STRAUSS, Lèvi Claude. As estruturas elementares do parentesco. Petrópolis: Ed.Vozes, 1976 Apud ZAMBRANO, Elizabeth. op. cit., p. 143.

⁵²⁴ MILAN, Betty. Preconceito. In: _____. *Fale com ela*. São Paulo: Record, 2007. p. 310-311. Entretanto em artigo denominado “Crianças adotadas por homossexuais desenvolvem comportamentos psi”- aponta-se para uma pesquisa realizada nos EUA que verificou que 40% das crianças adotadas por homossexuais desenvolvem tendências gays e comportamentos psicóticos. Fonte: BAILEY, J. Michel. Crianças adotadas sons of gays fathers developmentalpsychology, v. 31, por homossexuais desenvolvem comportamentos psi. Sexual orientation of adults 1995. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=50782>>, Id. Sexual orientation of adults sons of gay fathers. *Developmental Psychology*, v. 31, p. 124-129, 1995. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl>>.

⁵²⁵ BAILEY, J. Michel. Sexual orientation of adults sons of gay fathers. *Developmental Psychology*, v. 31, p. 124-129, 1995. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl>>.

Além deste, as construções de gênero nas crianças estabelecem-se desde o momento em que estas conseguem compreender a diferença dos papéis masculino e feminino nas relações sociais, onde a ordem simbólica pode perfeitamente ser estabelecida em casais formados por pessoas do mesmo sexo – para o psicanalista Acyr Maya, “de acordo com a psicanálise a função materna e paterna é exercida pela linguagem”.⁵²⁶

Quanto aos aspectos legais, não há na lei impedimento para a adoção unilateral de pessoa com orientação homossexual, pois preceitua o art.1625 do Código Civil que “somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando” e o Estatuto da Criança e do Adolescente no mesmo sentido prevê em seu artigo 43 “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Nesse sentido, vê-se que a orientação homossexual do adotante não impede a adoção do menor, o que os faz formar uma família monoparental, que possui previsão constitucional no artigo 226§4º.

Preceitua Regina Beatriz Tavares da Silva que “os benefícios que são referidos neste artigo são de ordem pessoal, moral e afetiva, de modo a serem protegidos os elevados interesses do menor”.⁵²⁷

Leciona Roberto João Elias que os motivos legítimos aos quais se refere o artigo em tela “são aqueles que têm como objetivo o perfeito entrosamento entre adotado e adotante, imitando, em tudo, o que ocorre entre pais e filhos de sangue deve principalmente orientar-se a adoção visando o melhor interesse do adotando, levando-se em conta a afinidade e a afetividade que possa haver entre as partes, visando o desenvolvimento pleno do adotado”.⁵²⁸

Para Maria Alice Zaratín Lotufo, existe uma limitação ao princípio da liberdade de adotar, isso porque intimamente ligado ao interesse da criança está a sua inserção numa família assemelhada à tradicional, ou seja, com pai e mãe. “Ter dois pais ou duas mães é uma situação que foge completamente da realidade biológica. Conceder a adoção conjunta a pessoas do mesmo sexo seria projetar uma situação falsa”.⁵²⁹

Preleciona ainda Regina Beatriz Tavares da Silva, que no que tange à adoção por parceiros homossexuais, o ordenamento pátrio veda a adoção conjunta por duas pessoas do

⁵²⁶SILVA JR., Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 106-111.

⁵²⁷SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código civil comentado*, cit., p. 1770.

⁵²⁸ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, cit., p. 27-28.

⁵²⁹LOTUFO, Maria Alice Zaratín. op. cit., p. 88-89.

mesmo sexo à luz do art. 42 §2º do ECA que preceitua “a adoção por ambos os cônjuges ou concubinos (leia –se companheiros) poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado vinte e um anos de idade, comprovada a estabilidade da família”; e art. 1622 do Código Civil que dispõe que “ninguém poder ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou viverem em união estável”. Assim sendo, como o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a união homoafetiva como união estável, não há apoio legal para essa modalidade de adoção.⁵³⁰

No mesmo sentido é o entendimento de Roberto João Elias referente ao conteúdo do artigo 42 §2º para quem “não deveria ser permitido para os concubinos adotar em conjunto, pois a união concubinária é, a rigor, precária. O aspecto estabilidade da família será difícil de ser averiguado fora do matrimônio, uma vez que uma relação estável entre o homem e uma mulher redundaria em casamento. Parece-nos, portanto, que tal concessão, por exceção, há de ser deferida a casos em que subsiste o impedimento ao casamento, como ocorre com os separados que aguardam o decurso do tempo para o divórcio”.⁵³¹

Ao lado da esfera jurídica, temos a realidade fática, onde muitos menores já convivem efetivamente em lares formados com base na homoafetividade, tendo em vista que muitos casais, após a separação com prole, o genitor que tem a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação sexual passando a conviver com pessoa do mesmo sexo. Esse(a) companheiro(a), mesmo sem vínculo parental legal, acaba desenvolvendo um vínculo de afetividade com o menor, e não raro participa da criação, desenvolvimento e educação das crianças, passando a exercer a função parental.⁵³²

⁵³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. op. cit., p. 72; entretanto, interessante é a decisão exposta a seguir: REsp 502995/RN, Recurso Especial 2002/0174503-5, Rel. Min. Fernando Gonçalves, T4- Quarta Turma, j. 26.4.2005 – “Direito Civil e Processual Civil. Dissolução de sociedade de fato. Homossexuais. Homologação de acordo. Competência. Vara Cível. Existência de filho de uma das partes. Guarda e Responsabilidade. Irrelevância – A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes de patrimônio comum, com incidência do direito das obrigações. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do direito de família, uma vez que a guarda e a responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta à outra caberá aquele múnus, sem questionamento por parte dos familiares. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1º e 9º da Lei 9278/96, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. Recurso especial não conhecido.

⁵³¹ ELIAS, Roberto João. op. cit., p. 27.

⁵³² TJSP- Embs.Infrs.265053-1/0-1- ACÓRDÃO COAD 81759 “Guarda de filhos. Postulação pelo pai. Homossexualidade da mãe. Irrelevância. Estando a mãe em melhores condições do que o pai, defere-se a ela a guarda do filho. Um eventual relacionamento homossexual da mãe não se constitui em óbice para essa guarda, pois esse tipo de relacionamento, na consciência atual da sociedade, já não se considera atentatório à moral ou revelador de deficiência ética. 9ª Câmara Dir- Rel. Des. Ruyter Oliva, j. 19.8.97”; DIAS, Maria

Além disso, muitos homossexuais recorrem às técnicas de reprodução assistida para gerar prole natural, pois como retrata Stéphane Clerget, o desejo de procriação é presente nas relações homoafetivas. Entretanto, o filho assim concebido não apresentará vínculo parental legal com o companheiro de seu genitor.⁵³³

Desta sorte, continua Maria Berenice Dias, que “o critério da afetividade deve ser preponderante para o estabelecimento do vínculo parental e além de retrógrada, a negativa de reconhecimento de homoparentalidade expressa uma designação discriminatória em matéria de filiação”.⁵³⁴

José Carlos Teixeira Giorgis aponta para a mudança paradigmática da família, que, plural, reconhece outras formas de composição na atualidade. Aduz que ao reconhecimento como união estável de união homoafetiva, nenhum impedimento obstará à adoção por homossexuais, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a adoção por companheiros.⁵³⁵

Estudos realizados sobre o tema apontam para a higidez comportamental de crianças adotadas por homossexuais, que a qualidade da relação paterno-filial prepondera acima de outras peculiaridades para o pleno desenvolvimento da prole.

Para Stéphane Nadaud, psiquiatra que muito se ocupou do tema na França, “a homoparentalidade não constitui em si um fator de risco para as crianças”. Desta forma, sintetiza que o desenvolvimento psicológico das crianças educadas em lares homossexuais apresenta-se dentro dos padrões de normalidade.

Berenice. Família homoafetiva. *Seleções jurídicas Adv*, São Paulo, p. 16-17, jul. 2007; HERTZ, Frederick. *Legal affairs: essential advice for same-sex couples*, cit., p. 110-111; NADAUD, Stéphane. op. cit., p. 135; Jornal OESP de 22.8.2009 – “Em Goiás criança foi adotada por 2 mulheres”. Entendeu o juiz que deferiu o pleito que o pedido foi concedido “por trazer real vantagem ao adotante, pois esta será recebida em uma família substituta que lhe receberá com carinho, amor, educação e formação humana em todas as suas manifestações”, p. A 28.

⁵³³TJRS – AI 70018249631. “Filiação Homoparental – Direito de visitas. Incontroverso que as partes viveram em união homoafetiva por mais de 12 anos. Embora conste no registro de nascimento do infante apenas o nome da mãe biológica, a filiação foi planejada por ambas, tendo a agravada acompanhado o filho desde o nascimento, desempenhando a ela todas as funções inerentes. Ninguém mais questiona que a afetividade é uma realidade digna de tutela, não podendo o judiciário afastar-se da realidade dos fatos. Sendo notório o estado de filiação existente entre a recorrida e o infante, imperioso que seja assegurado o direito de visitação, que é mais um direito do filho que da própria mãe”. 7ªCâm Civ – Rel. Des Maria Berenice Dias, j.11.4.2007; CLERGET, Stéphane. *Comment devient-on homo ou hétéro*, cit., p. 154.

⁵³⁴DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva, cit., p. 16-17; HERTZ, Frederick. op. cit., p. 112-113. TJRS-Ap. Civ. 70013801592- Acórdão COAD 1181104. “Adoção. Casal formado por pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. 7ªCâmCiv. Rel.Des.Luiz Felipe Brasil Santos, j.5.4.2006”.

⁵³⁵GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*, cit., p. 104.

Conclui também que essas crianças são menos sociáveis e mais tímidas que as demais, porém também são mais ativas e apresentam uma maior capacidade de adaptação. Isso se deve, na opinião do autor, à hostilidade do meio frente à família homoafetiva que lhes impõe uma interação social mais difícil.

Quanto às referências comportamentais oriundas da dualidade de sexos dos pais na família, conclui Nadaud que nenhuma diferença significativa foi encontrada, pois as referências de gênero são obtidas na plenitude da vida social do indivíduo que não se encontram restritas, por sua vez, à composição familiar homossexual.⁵³⁶

Retrata ainda vários tipos de relações homoparentais que se manifestam à luz do direito comunitário europeu: a homossexualidade aparece na pós-modernidade como um fato social. Reivindica-se cada vez mais visibilidade, aceitação e aquisição de direitos. Num modelo mais tradicional, aparece a família heterossexual na qual um ou até ambos os cônjuges demonstram uma forte tendência homossexual, camuflada pelo medo do preconceito. Assim, o filho nascido num lar com pais de sexos diferentes, num segundo momento, pós-ruptura da sociedade conjugal dos pais, conviverá numa família reconstituída de acento homoafetivo; outra forma de família homoparental elencada por Nadaud é a família formada na coparentalidade, fruto de um acordo celebrado entre dois casais homossexuais de sexos diferentes, que produzem biologicamente, através da troca de material genético, o filho que frequentará as duas famílias; há também a família monoparental, fruto de adoção ou procriação natural; a família onde o filho é fruto de procriação medicalmente assistida e ainda a família cujo filho é concebido pela gestação subrogada (esta prática não é reconhecida pela lei francesa, porém os interessados socorrem-se da intervenção médica em países estrangeiros onde esta é aceita).⁵³⁷

A construção social da identidade de gênero, deriva tanto de relações familiares - advinda da transmissão de valores, do desempenho de papéis ligados ao gênero - quanto das relações sociais estabelecidas, considerando-se os apelos individuais e coletivos. Desta sorte, sabe-se “que o gênero constrói-se e reconstrói-se no âmbito das interações sociais. A influência doméstica desempenha um papel importante nessa questão, no sentido em que viabilizam um reforço simbólico dessa identidade de gênero”.⁵³⁸

⁵³⁶NADAUD, Stéphane. op. cit., p. 248, 252, 285, 302.

⁵³⁷Id. Ibid., p. 135-176.

⁵³⁸FONTAINE, Anne-Marie; ANDRADE, Claudia; MATIAS, Marisa; GATO, Jorge; MENDONÇA, Marina. Culture, normes et roles de genre: l'articulation famille/travail dans le couple. In: DUPUY, Geneviève Bergonnier; ROBIN, Monique (Dirs.). *Couple conjugal, couple parental: vers des nouveaux modes*. Ramonville Saint-Agne: Édition Éres, 2007. p. 140.

Entretanto, o indivíduo tem um papel preponderante na construção de sua própria identidade sexual. “É autor de sua imagem, de sua identidade de gênero, bem como das premissas de suas futuras escolhas amorosas. Para tanto vale-se de seu potencial genético, de sua estrutura física, de suas competências pessoais, de sua identificação social”.⁵³⁹

Assim sendo, uma vez que bem ajustados os papéis de gênero e não há que se falar em prejuízo à normal estruturação da personalidade da criança, pois sob o prisma da orientação afetivo-sexual os referenciais masculino e feminino (pai/mãe) são “representações simbólico-comportamentais de gênero” que não se exaurem no corpo físico da família, mas se veem influenciadas pelo relacionamento social com amigos, parentes ou mesmo com terceira pessoa próxima do lar familiar que integram o seu cotidiano.⁵⁴⁰

Jean-Pascal Hattu, em documentário realizado, conclui que a homoparentalidade não deve ser vista apenas do ponto de vista pseudo-filosófico, moral ou religioso, sem observar-se a realidade tal como ela se apresenta. “Não se trata de questionar o modelo tradicional de família e adoção, mas sim de abrir-se para uma nova realidade: existem outros modelos de família em cujo seio pode-se ser educado e desenvolver sua personalidade”.⁵⁴¹

Pode-se assim concluir que não é a homoparentalidade em si que pode trazer alguma desordem psicológica para a criança, mas são as repercussões sociais e mesmo uma eventual ruptura familiar que podem criar algumas dificuldades relacionais.

Aduz Daniel Borrillo que “o direito não confunde a procriação e a filiação, os argumentos que irrompem contra a homoparentalidade frequentemente fazem referência ao melhor interesse da criança, entendido como o direito desta a ter pais de sexos diferentes ou à manutenção da ordem simbólica, sem que estes pressupostos estejam realmente justificados, pois a orientação sexual não é condição *sine qua non* para o estabelecimento de um elo de filiação, uma vez que os homossexuais não pedem autorização da lei para procriar, assim como é facultado aos homossexuais solteiros a possibilidade de adoção”.

⁵³⁹ CLERGET, Stéphane. op. cit., p. 210.

⁵⁴⁰ SILVA JR., Enézio de Deus. op. cit., p. 111; ZAMBRANO, Elizabeth. op. cit., p. 146, 147, 152.

⁵⁴¹ HATTU, Jean Pascal. *Homoparentalité: parents comme-ci, enfants comme-ça*. Disponível em: <www.titem.fr/?p=1000>. Hattu dá como exemplos, explorados em seu documentário, das seguintes conformações homofamiliares que se apresentam de forma bastante corriqueira na sociedade francesa atual: Geraldine tem duas mães. Ela nasceu da relação de uma delas com um amigo; Lola foi adotada por sua mãe enquanto solteira, antes de viver com outra mulher; posteriormente adotaram Léo; Nicolas nasceu de um casamento tradicional que foi desfeito e ambos os pais vivem com outro homem.

Em seu entender, “é justamente em face do melhor interesse do menor que o Estado deveria reconhecer às famílias homoparentais os mesmos direitos e exigir as mesmas obrigações exigidas das famílias heterossexuais, pois numerosos estudos científicos produzidos na França e no exterior comprovam que a orientação sexual dos pais em nada compromete o desenvolvimento psíquico dos menores”.⁵⁴²

É válido ressaltar que as famílias homoparentais são formalmente reconhecidas em diversos países do mundo, como a Dinamarca, a Suécia, a Holanda, a Bélgica, o Canadá, a Inglaterra. Na França já existem manifestações legislativas visando o reconhecimento das famílias homoparentais.⁵⁴³

Leciona Roger Raupp Rios que “Estudos realizados nesse sentido levaram a Associação Americana de Psicologia e a Associação Americana de Psicanálise a declararem apoio irrestrito às iniciativas de adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo...no Brasil, o Conselho Federal de Psicologia reforça que inexistente fundamento teórico, científico ou psicológico condicionando a orientação sexual como fator determinante para o exercício da parentalidade, visto que a finalidade da adoção é propiciar ao adotado as melhores condições para seu desenvolvimento humano”.⁵⁴⁴

No modelo americano, segundo as deliberações da Associação Americana de Psiquiatria, numerosos estudos realizados nas últimas décadas demonstraram que as crianças educadas em lares homoparentais apresentam o mesmo grau de desenvolvimento afetivo, cognitivo, social e de maturidade e orientação sexual que as crianças educadas em famílias tradicionais, o que indica que o desenvolvimento adequado dos menores dá-se independentemente da orientação sexual dos pais. Como em estudos realizados em outros países, aponta-se para um maior dano psíquico ao enfente a ausência de um dos genitores do que a identidade de gênero dos pais substitutos.

Em face do exposto, tem-se que em alguns estados americanos permite-se a adoção pelo companheiro do outro genitor, visto que a medida garante segurança ao menor, no que tange à inserção familiar, comprometida nos casos de separação ou morte de um dos companheiros, seguridade social, direito ao nome e à herança.

⁵⁴²Daniel Borrillo – Palestra proferida no Senado francês sobre a evolução e modos de filiação organizada por M.Jean-Jacques Hiest, presidente da Comissão de leis do Senado, em 22.03.2006 (Les Rapports du Sénat n.392,2005-2006, p. 37 e ss.). In. BORRILLO, Daniel. *Homosexuels quels droits?* Paris: Dalloz, 2007. p. 32.

⁵⁴³BORRILLO, Daniel. *Homosexuels quels droits?*, cit., p. 29-33.

⁵⁴⁴RIOS, Roger Raupp. Adoção por casais homossexuais: admissibilidade. *Carta Forense*, Rio de Janeiro, jun. 2009. p. B28.

De acordo com as deliberações de Associação Americana de psiquiatria, visou-se remover as difíceis barreiras encontradas pela discriminação social para a adoção conjunta de casais homossexuais.⁵⁴⁵

Como aduz José Carlos Teixeira Giorgis, a adoção gera vínculos jurídicos de inclusão em nova família, o preconceito, ou mesmo o desconhecimento, impede o acesso de certos menores a uma vida digna, bem como subtrai-lhes a oportunidade de serem recebidos em uma família e assim serem retirados da marginalidade e da miséria.⁵⁴⁶

Entendemos, sinteticamente, que a questão obviamente não é simples, ainda mais porque se trata da inserção de terceiro que integrará realidade familiar.

Em face do exposto, podemos concluir que em nada obsta ao homossexual ter acesso à adoção, que, na prática, demonstra-se, em nosso entendimento, como um instituto altamente delicado, pois lida com o subjetivismo da mente humana para adaptar-se a uma realidade social substituta, uma vez que suas intrínsecas particularidades não afetam o pleno desenvolvimento do menor.

Discorremos anteriormente sobre a pós-modernidade e sua ruptura com padrões antecedentes, com a desconstrução, com o hedonismo. Nesse contexto, novas formas até então inéditas de relacionamento, tiveram visibilidade. Aceitar o relacionamento homoafetivo mas extrair-lhe o direito à filiação seria como “acertar pela metade” uma situação que busca reconhecimento.

As vicissitudes e fragilidades da vida estão aí expostas, e todos os dias necessitamos enfrentar o preconceito –de várias naturezas-: o desamor, a desconfiança, o desconhecimento, o desrespeito, a intolerância. Assim, pensamos que, ungido ao reconhecimento do *status familiae* do casal homossexual, deve estar também inscrito o direito à adoção. Benefício este que certamente trará proteção, amor e segurança, a uma plêiade enorme de menores sem lar, sem família, expostos a própria sorte.

⁵⁴⁵Fonte: ADOPTION and Co-parenting of children by same – sex couples. Position Statement number 200214. Approved by the Board of Trustees – Assembly, November 2002. American Psychiatric Association. Disponível em: <<http://www.psych.org/Departments/EDU/Library/APAOfficialdocumentsrelated/Positionstatements/200214.aspx>>.

⁵⁴⁶GIORGIS, José Carlos Teixeira. op. cit., p. 105.

3.2.2. A formação da família e os estados intersexuais

3.2.2.1. A formação da família pelo transexual

Além da família formada pelo homossexual, analisaremos ainda a família constituída pelo transexual, que é o indivíduo que apresenta um desvio psicológico que o faz acreditar pertencer ao sexo oposto ao seu sexo biológico originário.

Com profundos desdobramentos no campo do direito, a questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal – fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao recato; o direito à privacidade, entre tantos outros que visem possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade.

Como preleciona Javier López-Galiacho Perona, a transexualidade é um fenômeno conhecido desde a antiguidade, que foi difundido na atualidade graças ao avanço da ciência, notadamente pela realização da cirurgia de redesignação sexual.⁵⁴⁷

No alcance da medicina, nenhum ser é totalmente homem ou mulher; em cada um há um *quantum* do sexo oposto que é geralmente encoberto pela maior quantidade de hormônios do próprio sexo. Contudo, algumas vezes ocorrem anomalias que se caracterizam pelo fato de o outro sexo se manifestar na estrutura física, no comportamento ou em ambos.

Aceita-se hoje a existência de uma graduação de vários estados sexuais compreendidos entre as duas entidades extremas: o homem e a mulher, podendo-se identificar o sexo dos indivíduos de diversas maneiras preponderantes :o sexo morfológico, pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas, ressalva feita aos casos de intersexualidade; o sexo cromossômico ou genético, pela análise dos cromossomos (conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo nuclear estabelecido pelo exame da cromatina sexual (o sexo cromatínico aponta para características feminizantes, ausentes nos cromossomos masculinos, o corpúsculo de Baar); o sexo psicológico ou social, definido pelo comportamento do indivíduo; o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações

⁵⁴⁷ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. *La problemática jurídica de la transexualidad*, cit., p. XIX.

assumidas na vida jurídica; o sexo hormonal, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes das glândulas sexuais, sexo gonadal, que por sua vez indicam todos os caracteres morfológicos do homem e da mulher e o sexo extragonadal, constituído por outras glândulas, como a tireóide e a epífise, cuja função é atribuir ao indivíduo outros traços de masculinidade ou feminilidade.

Considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como sendo o verdadeiro sexo, uma vez que os hormônios sexuais condicionam a evolução dos caracteres sexuais somáticos, funcionais e psíquicos.⁵⁴⁸

Tal como preleciona Roberto Farina, “a transexualidade é o mais alto grau de desvio sexual; em face dela, quatro são as teorias que visam esclarecer a origem da transexualidade: a genética, a fenotípica, a psicogênica – ligada à identificação com seu sexo originário derivada da educação transmitida pelos pais e a eclética”.⁵⁴⁹

Para Luiz Alberto David Araújo, representa o transexualismo uma alteração da psique, que dificulta e muitas vezes inviabiliza a plena integração do indivíduo na sociedade.⁵⁵⁰

Como aduz Henry Frigney, o transexualismo envolve homens ou mulheres que estão profundamente convencidos de pertencerem ao sexo oposto de seu sexo biológico; tanto isso é verdadeiro que na maioria dos casos o tratamento psicológico é inócuo (na prática menos de um por cento deles apresenta sinais de intersexualidade física). Pesquisas recentes sugerem que, se em um feto masculino ocorrer uma escassez de andrógenos, embora a genitália masculina se diferencie normalmente, o cérebro adquire uma tendência feminina originando como que um cérebro feminino em um corpo masculino.⁵⁵¹

O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião de seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas

⁵⁴⁸MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direitos da personalidade e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana, cit., p. 63-64; SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 27-45; SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 37-40.

⁵⁴⁹FARINA, Roberto – Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias, op. cit., p. 136-141 Apud SUTTER, Matilde Josefina. op. cit., p. 112.

⁵⁵⁰ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. XI.

⁵⁵¹FRIGNET, Henry. *O transexualismo*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Ed., 2000. p. 123.

atividades intelectuais, visto que tem um quociente intelectual um pouco superior à média.⁵⁵²

Tal como aduz Stéphane Clerget, estudos realizados em vários pacientes transexuais masculinos apontaram para a estrutura neuronal – numérica e estrutural – idêntica entre estes e a estrutura feminina, sendo a recíproca verdadeira – a estrutura neuronal dos transexuais femininos era idêntica à masculina. Sintetiza também que essa diferença se nota mais tardiamente nos pacientes, por volta dos 25 anos, fato este que induz a conclusão de que “a identidade sexual se dá antes da diferenciação da estrutura cerebral, decorrente de fatores genéticos, ambientais, entre outros”.⁵⁵³

Leciona Roberto Farina que “os hormônios secretados pelas gônadas primitivas durante a vida fetal não atingiriam o hipotálamo ou que esta não responderia aos mesmos hormônios, um bloqueio bioquímico provocaria interferências indevidas sobre certas glândulas – testículos, ovários e supra-renais-, resultando inibições e até ações invertidas e inusitadas de suas funções, como a impregnação hormonal no hipotálamo, pelo hormônio contrário àquele originariamente secretado em decorrência de sua informação genética para o sexo, nos últimos dias de vida fetal ou nas primeiras semanas de vida”; podendo essa variação ainda decorrer, no entender de Dorina R. G. Epps Quaglia, de: “alteração numérica ou estrutural dos cromossomos sexuais; de testículo fetal pouco funcionante; *stress* inusitado na gestante; ingestão de substâncias antiandrogênicas na fase de estampagem cerebral; insensibilidade dos tecidos ao hormônio masculino; fatores ambientais adversos, que prejudiquem, por exemplo, a identificação do menino com a figura paterna na infância.”⁵⁵⁴

Pode-se entender desta sorte, o sexo do indivíduo, como o seu agente identificador mais potente baseando-se em múltiplos fatores que estruturam a essência dos ser humano.

Ademais, inegável é a importância que teve o sexo na configuração dos direitos da pessoa, desde os primórdios até a equiparação jurídica do homem e da mulher tal como se apresenta na atualidade. Representa este em seu âmago uma qualidade identificadora do ser advindo do equilíbrio de diversos elementos – somáticos, psíquicos, sociais – que normalmente aparecem equilibrados.

⁵⁵²DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 267.

⁵⁵³CLERGET, Stéphane. *Comment devient-on homo ou hétéro*, cit., p. 105-106.

⁵⁵⁴FARINA, Roberto - Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estudos de intersexualidade e das parafilias, op. cit., p. 136-141 Apud SUTTER, Matilde Josefina. op. cit., p. 114; QUAGLIA, Dorina Epps R. G. *O paciente e a intersexualidade*. São Paulo: Servier, 1980. p. 134.

Preleciona Aracy Klabin que “qualquer desses critérios utilizado isoladamente, pode falhar para a determinação do sexo do indivíduo, apontando que o teste cromossômico é falho se aplicado aos portadores da síndrome de Klinefelter; o padrão gonadal é falho para o intersexual; o indicador hormonal pode variar em razão da administração de determinadas drogas ou pela castração; o sexo genital pode ser comprometido por anomalias na genitália; o sexo de criação é importante para o pseudo-hermafrodita, mas falha com referência aos transexuais. Assim, conclui que o sexo psicológico deveria ter relevante importância na fixação do sexo do indivíduo”.⁵⁵⁵

Numa acepção mais restrita, ao sexo corresponde as conotações anatômicas, fisiológicas ou genéticas distintas do homem e da mulher; por sexualidade, compreende-se as manifestações do instinto sexual imanescentes ao ser, que se encontram inseridas ou mesmo reguladas por um conjunto de normas de ordem social, jurídica ou religiosa.

Concebe Javier López-Galiacho Perona, que “Mientras la genitalidad es exclusivamente biológica, la sexualidad, además de biológica, presenta conexiones psicológicas, sociológicas, jurídicas”.⁵⁵⁶

Como preleciona Pinto Ferreira, representa, por sua vez, um importante elemento distintivo do ser humano, onde cada um, por força de determinados caracteres biológicos, sensações e experiências de comportamento, vê ser configurada sua personalidade, seu temperamento, “a fração mais original do seu eu”.

Essa designação da própria identidade está intimamente relacionada com o próprio corpo, com a personalidade corpórea, sendo este corpo elemento externo do “eu”, chegando-se a conclusão, como querem René Sudre e R.E Park, pela existência de um “eu” profundo, de conhecimento e aceitação de si próprio.⁵⁵⁷

Aí reside a importância do diagnóstico, do tratamento e, por via de consequência, do tratamento jurídico adequado ao indivíduo transexual, visando sua plena inserção na sociedade e desenvolvimento de sua personalidade.

Uma vez diagnosticada a transexualidade e realizada a subsequente cirurgia de redesignação sexual, o registro civil deve fazer a acomodação competente, a alteração do

⁵⁵⁵KLABIN, Aracy Augusta Leme. *Aspectos jurídicos do transexualismo*. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1977. p. 3-4.

⁵⁵⁶LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 37.

⁵⁵⁷FERREIRA, Pinto. *Personalidade I*, cit., p. 208.

estado da pessoa, que representa a maneira mais profunda de o indivíduo se relacionar na coletividade, um direito personalíssimo, individual, um dos maiores atributos da personalidade. Sendo matéria disciplinada por normas de ordem pública, sua alteração só pode ser efetivada mediante procedimento judicial.⁵⁵⁸

É mister estabelecer que, advindo desta alteração, diversas conotações de cunho jurídico suscitar-se-ão, dentre as quais analisaremos a possibilidade de constituição da família. A questão abrange a alteração do estado pessoal do indivíduo, ou seja, a forma como ele se demonstra na sociedade e, desta forma, em se tratando de uma ação de estado, deve ser proposta perante a vara de família.⁵⁵⁹

Para Luiz Alberto David Araújo “não há dúvida de que o transexualismo é uma alteração da psique, que dificulta a integração social do indivíduo”.⁵⁶⁰

3.2.2.2. A cirurgia de transgenitalização

A operação de mudança de sexo recebeu inicialmente amparo legal pela Resolução de nº 1492/97 do Conselho Federal de Medicina. Antes disso, em 1979 foi apresentado um Projeto de Lei n.70/95, de autoria do deputado José de Castro Coimbra, que visava regulamentar na esfera jurídica a problemática das pessoas transexuais – dispunha sobre as intervenções cirúrgicas que visavam à alteração de sexo e alteração do nome do transexual. Apesar de aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado pelo Presidente da República João Figueiredo.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. op. cit., p. 67 e DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 112 e ss.

⁵⁵⁹ Decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fixou a competência da vara de família para a ação mais famosa sobre o tema que foi o caso Roberta Close, nascida Luiz Roberto Gambine Moreira, cujo pedido de alteração de prenome inicialmente foi negado, sendo posteriormente alterado (nome e gênero) pela 9ª Vara da Família do Rio de Janeiro em 10.03.2005, sendo que a cirurgia de redesignação fora realizada na Inglaterra em 1989.

⁵⁶⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. op. cit., p. XI.

⁵⁶¹ A Resolução 1492/97 resolvia; autorizar a título experimental a realização da cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, como tratamento nos casos de transexualismo; estabelece a definição de transexualismo, que obedecerá no mínimo aos seguintes critérios: desconforto com o sexo anatômico natural, desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, permanência desse distúrbio de forma contínua por pelo menos dois anos, ausência de outros transtornos mentais; a seleção dos pacientes para a cirurgia obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico, psicólogo, psiquiatra, cirurgião e assistente social, segundo critérios definidos após dois anos de acompanhamento conjunto: diagnóstico médico de transexualismo, idade superior a 21 anos, ausência de características inapropriadas para a cirurgia; a realização das cirurgias só poderão ocorrer em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa; consentimento livre e esclarecido, de acordo com a Resolução do CNS n. 196/96.

Até setembro de 1997, a cirurgia e demais procedimentos eram considerados medidas não éticas e passíveis de punição pelo Conselho de Medicina e também pelo Poder Judiciário, como crime de lesão corporal. Antes dessa data alguns transexuais brasileiros foram submetidos à cirurgia de transgenitalização, fora do país, como Jaqueline Galiace, que nasceu em 1933 e foi operada em 1969, em Casablanca, no Marrocos.

Em 2002, o Conselho Federal de Medicina aprova nova Resolução de nº1652/02, que amplia o já disposto na Resolução anterior, revogando-a expressamente.⁵⁶²

Atualmente, tramita no Congresso Nacional outro Projeto de lei, de autoria do deputado José Fortunato – Projeto de lei n.1993 -, que visa regularizar as questões vitais dos transexuais, como a realização de cirurgia redesignatória e a possibilidade de alteração de nome.

Tal como a realidade do homossexual, a transexualidade não possui previsão legal no ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, o judiciário mediante o emprego do recurso da interpretação, busca adequar as soluções dos litígios à realidade social.

Como leciona Sylvia Mendonça do Amaral, um dos pedidos pioneiros de autorização para a realização de cirurgia de transgenitalização data da década de 1980, no Rio Grande do Sul – que acolheu parcialmente o pedido.⁵⁶³

A literatura médica reconhece a figura do transexual, como sendo um indivíduo que sofre de extrema inversão psicológica, hermafrodita psíquico, que o faz acreditar que pertence a um sexo diferente do seu sexo originário. Defende-se, na atualidade, a possibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização para que interior e exterior possam harmonizar-se, restabelecendo-se assim a dignidade humana do transexual.⁵⁶⁴

⁵⁶²Fonte: TRANSEXUAL. *Wikipedia*. p. 12. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Transexual>>; RAMSEY, Gerald. *Transexuais: perguntas e respostas*. São Paulo: Ed GLS, 1996. p. 190-191. Autoriza a Resolução n.1652/02: a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento em casos de transexualismo; a realização, a título experimental, de cirurgia do tipo neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento em casos de transexualismo; mantém as definições de transexualismo; mantém a seleção de pacientes; determina a realização de cirurgias para adequação de fenótipo feminino para masculino em hospitais universitários ou públicos adequados para a pesquisa e libera as de adequação do fenótipo masculino para feminino para os hospitais públicos ou particulares independente das atividades de pesquisa. Com isso, o tratamento dos transexuais masculinos se ampliou e o dos transexuais femininos continua em pesquisa.

⁵⁶³AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual prático dos direitos de homossexuais e transexuais*, cit., p. 97.

⁵⁶⁴Na Europa, a Corte Europeia dos Direitos Humanos, em observância aos artigos 8 a 13 do Ato de Direitos Humanos protege o direito à vida em família e o direito à não discriminação, possibilitando assim a habilitação do transexual para o casamento.

Conforme disposição expressa dessa Resolução, está liberada eticamente aos médicos a realização da cirurgia transgenital em pacientes maiores, capazes, que se sintam em desconforto com seu sexo originário e que tenham sido submetidos à terapia por, no mínimo, dois anos e que venham recebendo acompanhamento de equipe multidisciplinar (onde convivem como ser do sexo oposto antes da realização cirúrgica), e que apresentem desejo compulsivo de eliminar a genitália externa, além de perder os caracteres primários e secundários do sexo originário e adquirir os do outro sexo; apresentem permanente distúrbio de identidade sexual de forma contínua por, no mínimo dois anos, além da ausência de outros transtornos mentais.

Para a realização da cirurgia é necessário o consentimento livre e informado de acordo com a Resolução de nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, representando um direito personalíssimo do paciente, e deve ser realizada em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa científica.⁵⁶⁵

Completa Gerald Ramsey que a psicoterapia é altamente recomendada no pós-operatório, para atenuar o estágio depressivo que se instala em muitos pacientes, para lidar com a adaptação ao novo sexo e a aceitação social.⁵⁶⁶

Para Carlos Fernández Sessarego, a saúde – clínica ou psíquica – é um pressuposto para o livre desenvolvimento da personalidade. Neste ponto situa-se a alteração de sexo – a redesignação -, um direito fundamental de todo o ser humano, onde vê-se que como prelecionam Garutti e Macioce, “o bem-estar psico-físico do indivíduo estaria turbado se não lhe fosse reconhecida a real identidade sexual”.⁵⁶⁷

Como aduz Elimar Szaniawski, o transexual busca, através da cirurgia de transgenitalização, adequar o seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico, perseguindo, assim, a plena satisfação nos planos pessoal e sexual. “Procura, outrossim, seu equilíbrio psíquico, a libertação das dúvidas, das angústias e da solidão, seu objetivo maior é pela realização de sua felicidade”.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 272; RAMSEY, Gerald. op. cit., p. 123-129.

⁵⁶⁶RAMSEY, Gerald. op. cit., p. 129. Refere o autor que embora esparsos, alguns pacientes transexuais podem vir a arrepender-se e requerer o retorno ao seu sexo originário, p. 133.

⁵⁶⁷A noção de saúde está prevista no preâmbulo da Constituição da OMS de 1946, onde se lê que saúde é um estado de completo bem-estar psíquico, mental e social, não constituindo apenas a ausência de enfermidade. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de la identidad personal*, cit., p. 349; GARUTTI- MACIOCE – Il diritto all’identità sessuale, em *Rivista di Diritto Civile*, 1981, v.II, p. 281, apud FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. op. cit.

⁵⁶⁸SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 83.

Para Jalma Jurado, reconhecida autoridade no âmbito da cirurgia experimental de transgenitalização, “a cirurgia não extirpa órgãos nem abole funções, pelo contrário, adapta a genitália autodesfuncionalizada para a cópula em anatomia apta à função coeundi. Apenas as gônadas atrofiadas pelo bombardeio hormonal são removidas no procedimento cirúrgico pelo alto potencial cancerígeno que representam”.

Entendemos que a cirurgia redesignatória é um procedimento ético, legal, de ressocialização do indivíduo, cuja identidade de gênero, bem personalíssimo, ligado à identidade pessoal do ser humano, não somente ungido à reprodução, encontra-se comprometida.

Observa Silvio Venosa que “o transexual não re-designado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos o que lhe dificulta, senão impede de exercer as atividades inerentes aos seres humanos”⁵⁶⁹.

A investigação sobre o fenômeno do transexualismo ultrapassa o conceito de sexo, de direito à vida, direito à integridade física, do direito à privacidade chegando ao direito à felicidade, fim básico do Estado, que pode ser entendido na concepção de Dalmo Dallari como “ sociedade política constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus fins particulares”. Representa o transexualismo uma alteração da psiquê da pessoa, dificultando e muitas vezes inviabilizando a sua plena integração na sociedade.⁵⁷⁰

Ocorre ainda na vida prática que alguns transexuais masculinos chegam a casar-se e ter filhos no período em que estão se esforçando para ter um ajustamento ao sexo biológico; porém, por vezes acabam procurando por psiquiatras, médicos e cirurgiões para libertá-los de um corpo que acreditam não ser o seu. “É mais fácil modificar o corpo que o íntimo de uma pessoa”.⁵⁷¹

Dados apontam que nos Estados Unidos mais de 3000 pessoas já realizaram a operação de mudança de sexo e há pelo menos outros 7000 pacientes em potencial para realizar esse tipo de operação. Mesmo assim, estes representam apenas 10 a 20% dos candidatos que se apresentam à cirurgia transformadora, sendo os demais constituídos por psicóticos e masoquistas. A triagem é severa e a maioria dos centros especializados exige

⁵⁶⁹VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, cit., p. 223.

⁵⁷⁰ARAÚJO, Luiz Alberto David. op. cit., p. 9; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 95.

⁵⁷¹DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 267.

que os requerentes vivam pelo menos dois anos como membros do sexo oposto. Além disso, dispõe Maria Helena Diniz que “devem apresentar uma declaração feita perante advogado, eximindo o médico da responsabilidade pelas eventuais complicações fortuitas”.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem considera essa intervenção cirúrgica como uma conversão curativa que permite a integração pessoal e social do paciente ao sexo pretendido. Daí depreende-se que não há mutilação, pois visa a redução ou a cura de sofrimento mental, julgando que não há nem mesmo perda de função, porque “o órgão extirpado era inútil para o transexual”.⁵⁷²

À luz do disposto no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos garante-se o direito de alteração do sexo em casos de transexualismo autêntico, baseado no princípio da liberdade, que garante o direito de cada um ao “respeito da vida privada”. Nesse sentido, a Suprema Corte entende que, em matéria de sexo, a aparência doravante fazia lei, pois

o transexual é biologicamente normal, pois tem genitália interna e externa perfeitas, mas devido à sua constituição genética patológica, oriunda de defeitos cromossômicos ou fatores hormonais, sente-se como se fosse do sexo oposto.⁵⁷³

O tratamento clínico do transexual se inicia com a aplicação de hormônios. O hormônio feminino aplicado em homens arredonda suas formas, aumenta as mamas e retarda o crescimento da barba; as mulheres que recebem hormônios masculinos veem engrossar a voz, surgir barba e aumentar a musculatura. Segue-se a cirurgia; na transformação do homem para mulher o pomo de Adão é reduzido pela retirada da cartilagem da laringe, são feitas plásticas no nariz e nas faces; na parte genital os testículos e o tecido interior do pênis são removidos e é feita uma abertura no períneo para funcionar como vagina que é revestida com o tecido que sobrou com a remoção do pênis e o escroto vazio é utilizado para remodelar os lábios vaginais. A operação mulher para homem é, evidentemente muito mais complexa. Começa com a remoção das mamas, depois extraem-se os ovários e o útero, passando, em seguida à feitura do pênis artificial. No interior deste é colocada uma prótese, um osso, uma cartilagem que conferem ao órgão uma posição semiereta e rigidez suficiente para permitir a realização do ato sexual.⁵⁷⁴

⁵⁷²DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 276.

⁵⁷³FRIGNET, Henry. op. cit., p. 97-98.

⁵⁷⁴RAMSEY, Gerald. op. cit., p. 144-149.

Ocorre, também, que a cirurgia de adequação do sexo físico ao psíquico traz dificuldades de ordem religiosa, seja ele ungido ao catolicismo, ao judaísmo ou ao islamismo, posicionando-se estas basicamente da mesma maneira, orientando-se o tratamento endócrino e psicoterapêutico à cirurgia de alteração do sexo. À luz do magistério do Padre. Eduardo Bonnin, “não existem sobre esse tema posições oficiais do Magistério da Igreja, pois na realidade esse tipo de intervenção é ainda bastante recente, porque devemos formular outra pergunta: Qual dos dois critérios, o biológico ou o psicológico deveriam prevalecer para a determinação da identidade sexual? Para os mais conservadores, uma cirurgia para transformar o corpo em função do desejo psicológico é sempre inaceitável, pois corresponde a uma mutilação imoral, uma castração. Poder-se-ia falar em intervenção terapêutica? Visto que o órgão em questão não está comprometido, mas não executa suas funções principais? “

Para os que apoiam a liceidade da cirurgia, essa intervenção contribuiria para o bem geral da pessoa em questão, basicamente sua saúde psíquica; a mutilação do órgão seria fundamentada pela superação da angústia do portador do desvio psicológico.⁵⁷⁵

À luz do judaísmo, a identidade individual se dá pelos genitais externos. Não se consideram para tanto os genitais internos, nem tão pouco o sexo psíquico, o que leva à vedação da cirurgia de ablação dos órgãos reprodutores. Logo, fica proibida a mudança de sexo, e caso esta ocorra, não tem o condão de alterar a identidade sexual do operado, que continua a ter o mesmo *status* de origem.

Aduz Maria Helena Diniz que também o islamismo coíbe a prática da alteração de sexo, assim como não aceita o homossexualismo, o transexualismo ou o travestismo, nem demais estados de disforia de gênero.⁵⁷⁶

Entretanto, pesquisas clínicas apontam para o bom resultado do efeito terapêutico da cirurgia redesignatória, apresentando um número relativamente pequeno de pacientes

⁵⁷⁵BONNIN, Eduardo. *Ética matrimonial, familiar e sexual*. São Paulo: Ed. Ave Maria, 2003. p. 294-296.

⁵⁷⁶DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 269. Entretanto, no Irã o aiatolá Khomeini, convencido por uma junta médica da necessidade da cirurgia redesignatória para os casos de distúrbio de gênero, pronunciou um fatwa- decreto religioso- e a mudança de sexo passou a ser permitida no país. Entende preferencialmente à união homoafetiva – proibida no país – que um dos parceiros seja submetido à cirurgia de transgenitalização, permanecendo o casal com uma dualidade de sexos, muito embora não devam ser desconsideradas as inconveniências gravíssimas ao casal nestas condições e nem aos seus familiares. Fonte: OESP – 3.9.2007, caderno especial H3.

que se arrependem de sua decisão de operar-se, tal como prelecionam Gerald Ramsey e Henry Frignet.⁵⁷⁷

Deve-se mesmo considerar, como fazem os autores e também Elimar Szaniaski, que alguma frustração pode advir do procedimento cirúrgico, pois “por melhor que seja a cirurgia, a nova anatomia criada nos moldes criados pela própria natureza, impõe algumas limitações, como menor elasticidade da neovagina, ou sensibilidade do falo”.

Além destes inconvenientes, passam a enfrentar a problemática da ausência das glândulas produtoras dos hormônios sexuais – devendo estes passar a ser consumidos via oral, vitaliciamente.⁵⁷⁸

A medicina impregnada pelos princípios da bioética não pode fazer com que o homem se torne refém do próprio corpo, ou melhor, que este venha a ser um cativeiro para o próprio homem, mas sim um agente viabilizador da vida plena e equilibrada, fim precípua da condição humana.

A Constituição Federal garantiu o direito à vida, à identidade, à privacidade, à dignidade, entre outros, assim sendo, elucida Luiz Alberto David Araújo que “as opções do transexual, como querer ou não fazer um tratamento hormonal, de pretender ou não assumir o seu sexo psicológico- assumindo uma postura feminina quando seu sexo biológico é masculino ou uma postura masculina quando seu sexo psicológico é feminino, ou ainda de submeter-se a uma cirurgia de redesignação do sexo, encontra suporte no sistema constitucional atual.”⁵⁷⁹

A mudança de sexo é fonte de diversos conflitos para o transexual; entende-se que a identidade sexual tem previsão constitucional e faz parte dos direitos da personalidade. Em face dos princípios constitucionais, entre eles o princípio da isonomia previsto no artigo 1º, III, IV e art 3º, III, IV da Constituição Federal, veda-se qualquer prática discriminatória, atentatória à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o acesso ou manutenção ao trabalho por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

⁵⁷⁷ Aduz Gerald Ramsey- que há mais de vinte anos se ocupa das questões de transexualidade- que há poucas chances de erros de diagnóstico se o transexual for tratado por uma equipe multidisciplinar séria. Em uma amostragem de estudo com 295 transexuais somente um “número muito pequeno” se arrependeu de sua decisão. Op. cit., p. 133-134; Para Henry Frignet em alguns casos a nova identidade social traz conflitos para o paciente, FRIGNET, Henry. op. cit., p. 120, 126-127.

⁵⁷⁸ SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 83-86.

⁵⁷⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. op. cit., p. 73.

Apesar de muitos países admitirem direitos aos transexuais, no Brasil não há previsão legal sobre o tema, pois ainda se entende o transexual como um ser humano mutilado, incapaz de procriar.

Inicialmente, o Conselho Federal de Medicina, declarou inadmissível a cirurgia redesignatória, uma vez que entendia que ela ofendia valores éticos que as sociedades médicas deveriam preservar; entendia que sob o ponto de vista anatômico a cirurgia não era corretiva, mas mutiladora, constituindo lesão, sob o ponto de vista do direito penal. Como leciona Aracy Klabin, outorgaram a essa cirurgia a natureza de cirurgia plástica, mas de natureza mutiladora. Por inexistência de uma norma legal expressa, seriam aplicadas, por analogia, as normas e princípios estabelecidos para os transplantes de órgãos.⁵⁸⁰

Posterior Resolução do Conselho Federal de Medicina reconheceu a cirurgia como correta e adequada, tendo em vista que seus resultados valorizam o preconizado nos princípios da liberdade e do reconhecimento da dignidade humana, fundamentados nos artigos 3º, I, IV e 1º, III, respectivamente, da Constituição Federal. Desta sorte, o panorama do transexual mudou, a jurisprudência pátria vem consolidando o direito personalíssimo da alteração - ou adequação - do sexo biológico ao sexo psíquico.⁵⁸¹

Entendemos que a realização da cirurgia da mudança de sexo representa um direito fundamental do ser humano, intimamente ligado à sua identidade pessoal, ao seu equilíbrio psíquico – saúde mental -, à sua dignidade, pois o direito à identidade sexual deve ser entendido como um direito da personalidade. Desta forma, pensamos que não estamos diante de uma cirurgia mutilatória, que constitua um atentado à integridade física do ser humano, mas sim de um procedimento realizado sob recomendação médica, para que o interior e o exterior do indivíduo possam harmonizar-se.⁵⁸²

Preconiza o Código Civil em seu artigo 13 que “salvo por exigência médica é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, tem-se que, em matéria de transexualismo, o que se deve valorizar é a função desempenhada pelo órgão em questão,

⁵⁸⁰ KLABIN, Aracy Augusta Leme. op. cit., p. 19-20.

⁵⁸¹ Alguns tribunais estaduais como SP, RJ, RS, PE, AP vêm entendendo pela alteração do acento registral, baseando-se no direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Fonte: Jornal OESP – 17.8.2006, p. A 23.

⁵⁸² É válido ressaltar que o transexual é considerado um hermafrodita psíquico, cujo tratamento clínico e psicológico empregado inicialmente demonstra-se ineficaz, sendo requerida a intervenção cirúrgica curativa.

alterado cirurgicamente, que para o transexual representa fonte de conflito, egodistonia e conflitos de identidade.

Como aduz Maria Helena Diniz “ somente por exigência médica será possível suprimir partes do corpo humano para preservação da vida ou da saúde do paciente.À luz do disposto no Enunciado n. 6 do CJF – aprovado na Jornada de Direito Civil de 2002- por exigência médica deve-se referir tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.⁵⁸³

Podemos entender, nesse sentido, que o direito do indivíduo de submeter-se à cirurgia de redesignação sexual representa um direito ínsito à sua personalidade, tipificado como um direito ao próprio corpo, voltado à manutenção da sua integridade psico- física e social, diretamente ligado ao direito à vida, mas não à vida pura e simplesmente, interpretada numa ótica da biologia ou da fisiologia, mas na vida digna, amparada na visão kantiana da dignidade do ser humano, tendo em vista a valorização da sua racionalidade, de suas preferências valorativas, suas necessidades, possibilidades e potencialidades. Ligamo-nos, por via de consequência, ao entendimento da imperatividade do respeito à dignidade do ser humano e o estabelecimento de uma vida completa, verdadeira, alicerçada em sua realidade.

A identidade sexual representa, outrossim, a individualidade do ser humano em seu gênero, e demonstra especialmente a forma como esta individualidade é vivenciada em termos de consciência e comportamento; representa a experiência particular do papel sexual, que, por sua vez, traduz à sociedade e a si próprio em que grau se é homem ou mulher.Ou seja, o papel sexual é a expressão pública da identidade sexual, apresenta um questionamento sobre a própria liberdade individual.⁵⁸⁴

Traduz, em nosso entendimento, o sexo social vivenciado pelo indivíduo, através do qual ele quer integrar as relações jurídicas, sociais, familiares, na coletividade.

⁵⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.

⁵⁸⁴ RAMSEY, Gerald. op. cit., p. 195; FRIGNET, Henry. op. cit., p. 17. Na atualidade, vêm surgindo cada vez mais casos que envolvem a transexualidade e a consequente necessidade de inserção do indivíduo na vida social e seus impactos na cultura e no desempenho profissional dos transexuais.Dados revelam que 25% das maiores empresas americanas nos EUA estão adotando políticas de proteção a funcionários contra a discriminação, com base na identidade de gênero. Fonte: HARVARD Business Review, p. 19-25, Dec. 2008.

Assim, pode-se concluir com Frignet que o transexualismo é, antes de tudo, uma questão de identidade, que concerne a um indivíduo em sua relação consigo mesmo.⁵⁸⁵

Para Dayse Gogliano “a saúde, assim como a forma do corpo é bem da personalidade em face da integridade física. A vida é o bem supremo, que em sua posição hierárquica, diz respeito à essência da psique”.⁵⁸⁶

São encontradas na atualidade, decisões favoráveis à alteração de sexo. Possibilidade de Implante de Neovagina- Decisão de Primeira Instância Autos nº 2098/89 do TJPE; Retificação de Registro Civil- Apelação Cível nº 4425/93 do TJRJ, Mudança de sexo e alteração do Registro Civil em face de hermafroditismo – TJAL.⁵⁸⁷

3.2.2.3. A alteração do nome pelo transexual

Após o diagnóstico de transexualismo, o preenchimento dos requisitos legais para a realização da cirurgia redesignatória e o procedimento cirúrgico em si, as questões legais envolvendo os transexuais – entre elas a alteração do nome – determinam fortemente sua inclusão social e afetiva.

Como bem traduz Luiz Edson Fachin, “o sistema jurídico cioso de seus mecanismos de controle, estabelece, desde logo, com o nascimento, uma identidade sexual teoricamente imutável e una. Essa rigidez, entretanto, não leva em consideração dimensões outras, também relevantes, no plano das questões sociais e psicológicas. Desse modo, o papel de gênero se apresenta como uma expressão pública dessa identidade. O atestado de nascimento é dessa forma um registro do ingresso da pessoa no universo jurídico, disposto a conferir segurança e estabilidade nas relações jurídicas. O registro civil exerce, nesse

⁵⁸⁵FRIGNET, Henry. op. cit., p. 118.

⁵⁸⁶GOGLIANO, Daisy. *O direito ao transplante de órgãos humanos*. 1986. Tese (Doutorado) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986. p. 133.

⁵⁸⁷Retrata Rodrigo da Cunha Pereira em *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p 166-189. Essas cirurgias, entretanto, só podem ser realizadas em hospitais universitários. Pioneira decisão tomada por unanimidade pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre, e que tem validade em todo o território nacional, prevê que estas cirurgias devem passar a ser realizadas pelo SUS. O caso está nos tribunais desde 2001, quando a pedido de um grupo de pacientes transexuais de Porto Alegre, o Ministério Público Federal moveu a ação civil pública pedindo a inclusão da cirurgia no SUS.

Entretanto, posicionamento contrário da União, elencou a falta de verbas para o custeio das cirurgias, deixando de atender ao dever que é imposto pela Constituição Federal de assegurar o direito à saúde à coletividade, inclusive os transexuais. Fonte: *A Folha de S. Paulo* 17.8.2007; O SISTEMA Único de Saúde deve custear cirurgia de mudança de sexo? *Seleções jurídicas Adv*, set. 2008.

plano, uma chancela imodificável que marca o indivíduo em sua vida social. Esse sinal, entretanto, demonstra-se incapaz de compreender a pluralidade psicossomática dos diversos indivíduos”.⁵⁸⁸

Como se sabe, a realidade fática acaba se sobrepondo perante o direito, fazendo com que algumas características humanas invertam os desígnios legais.

Em princípio, à luz do artigo 58 da lei de registros públicos, o prenome é imutável, por ser princípio de ordem pública; porém, poderá este ser alterado quando expuser o seu portador ao ridículo, devendo para tanto ser analisado no conjunto a que se insere, causar embaraços na vida pessoal do indivíduo, ou ainda quando houver apelido público e notório que venha a substituir o nome no ambiente social da pessoa, desde que não haja expressa proibição legal para o feito ou seja este empregado em atividades ilícitas.

Existe uma possibilidade legal de se proceder à alteração do prenome individual por motivo de modificação cirúrgica do sexo da pessoa. Com a entrada em vigor da Lei 9.708/98, alterando o artigo 58 da Lei 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar o seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, desde que não prejudique o grupo em que vive, visando assegurar, assim, os direitos básicos da cidadania.⁵⁸⁹

Ante a problemática atual da alteração do prenome em face da alteração do sexo do indivíduo, deve o magistrado atender às razões psicológicas e sociais que esse fato acarreta.⁵⁹⁰

A questão desloca-se, segundo Silvio Venosa, “para o plano constitucional sob os aspectos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, pois impor o nome do outro sexo

⁵⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil: direito de família*, cit., p. 122-123.

⁵⁸⁹ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. op. cit., v. 1, p. 116.

⁵⁹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. op. cit., p. 61-62. TJ-MG- Embs. Infrs. 1.0000.00.296076-3/001 – Sexo- Estado Individual – Imutabilidade. O sexo, como o estado individual da pessoa é informado pelo gênero biológico. A redefinição do sexo, da qual derivam direitos e obrigações, procede do direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Rejeitam-se os embargos infringentes... Negar nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico. Embargos acolhidos para negar provimento à apelação, permitindo assim a retificação de registro quanto ao nome e sexo do embargante (4ªCâm.Civ – Rel. Des. Carreira Machado – Julg em 22.4.2004); TJ-MG – Ap Civ 1.0543.04.910511-6/001 – Transexual- Retificação do Registro Civil. Cirurgia realizada no exterior. Mero atestado médico constatando sua realização. Ausência de cumprimento das normas brasileiras. Indeferimento (8ªCâm Civ – Rel. Des. Roney Oliveira – Julg em 23.2.2006); TJ-RJ- Ap Civ 2005.001.01910... Os transexuais têm direito ao estabelecimento de sua real identidade, quanto ao nome e ao sexo apostos no registro original. Tal resulta o reconhecimento de seu direito isonômico, e por isso desigual, à intimidade. Impõe-se, portanto, a adequação do registro (4ªCâmCiv – Rel Des Luis Felipe Salomão – Julg em 25.10.2005).

à pessoa operada sujeita-a a uma degradação e a uma não inserção na sociedade, ferindo os princípios da justiça social à luz do artigo 1.º, III e artigo 3.º, IV, da Constituição Federal, pois o transexual não redesignado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos, o que lhe dificulta, senão impede de exercer as atividades inerentes aos seres humanos”.⁵⁹¹

Para Maria Helena Diniz, o transexual é portador de um desvio psicológico permanente da identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ao auto- extermínio. Ele sente que nasceu no corpo errado, situando-se patologicamente em face ao seu sexo biológico, que rejeita compulsivamente.⁵⁹²

No mesmo sentido, posiciona-se Silvio Rodrigues, para quem “o transexual é um indivíduo de extrema inversão psicosssexual, que nega o seu sexo biológico, exigindo cirurgia reparadora de reajuste sexual, a fim de assumir a identidade de seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico”.⁵⁹³

Concebe Aracy Klabin que “o transexual é um indivíduo anatomicamente de um sexo que acredita firmemente pertencer a um outro. Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao verdadeiro sexo, isto é, ao seu sexo psicológico”.⁵⁹⁴

Aduz Luiz Alberto David Araújo que o transexual é biologicamente normal, pois tem genitália interna e externa perfeitas, mas devido à sua constituição genética patológica, oriunda de defeitos cromossômicos ou fatores hormonais, sente-se como se fosse do sexo oposto.⁵⁹⁵

No alcance do direito a mudança de sexo é fonte de diversos conflitos para o transexual; entende-se que a identidade sexual tem previsão constitucional e faz parte dos direitos da personalidade.

A Constituição Federal em seu artigo 1º, III, elenca a dignidade da pessoa humana entre seus princípios fundamentais, sendo esta o valor constitucional supremo “que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição. Envolve o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, os direitos sociais, econômicos, educacionais, bem como as liberdades públicas em

⁵⁹¹VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, cit., p. 223.

⁵⁹²DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 266.

⁵⁹³RODRIGUES, Silvio – *Direito civil-parte geral*, op. cit., p. 69.

⁵⁹⁴KLABIN, Aracy Augusta Leme. op. cit., p. 5.

⁵⁹⁵ARAÚJO, Luiz Alberto David. op. cit., p. 55.

geral, corroborando, nesse sentido, o imperativo de justiça social”; no seu art. 3.º, arrola os objetivos fundamentais do país, visando em seu inciso I, construir uma sociedade livre, justa e solidária – consagrando assim a liberdade, o ideal de justiça e a solidariedade e em seu inciso IV promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação pessoal, consagrando assim a igualdade formal entre os cidadãos; em seu artigo 4º, II – evidencia a prevalência dos direitos humanos; no seu artigo 5º garantiu a proteção de direitos da personalidade- direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, que se traduz no entender de Luiz Alberto David Araújo na viabilização da felicidade individual do cidadão.⁵⁹⁶

Com base nos princípios constitucionais, entendemos que, uma vez diagnosticada a transexualidade, cumpridas todas as formalidades legais e realizada a cirurgia redesignatória - representa um direito personalíssimo- deve-se proceder à alteração do assento registral, bem como a determinação do novo sexo em seu termo, pois como já exposto, o transexual não redesignado vive num conflito interno intenso, que lhe macula a existência e a dignidade.

Evoluíram nesse sentido a doutrina e a jurisprudência brasileiras que entendiam em sua maioria pela negação da alteração do registro civil do transexual, adequando o seu posicionamento aos princípios constitucionais.⁵⁹⁷

Rosa Maria de Andrade Nery, entende que uma vez constatada a transexualidade, o registro deve fazer a acomodação. Os documentos devem ser fiéis aos fatos da vida; fazer ressalva à transexualidade é uma ofensa à dignidade humana. Sugere a autora que se faça uma averbação sigilosa no registro de nascimento; assim o interessado poderia, no

⁵⁹⁶BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83, 85, 95, 113; ARAÚJO, Luiz Alberto David. op. cit., p. 71.

⁵⁹⁷São encontradas decisões jurisprudenciais entendendo pelo acolhimento do pedido de retificação do registro de nascimento do transexual. Acórdão prolatado pela 3.ª Câmara Cível do TJRS; A Apelação Cível nº 591.019.831 da 4ª Câmara Cível de Porto Alegre – TJRS; Julgamento favorável à possibilidade de implante de neovagina em decisão de primeira instância nos Autos 2098/89 do TJPE; Retificação de Registro Civil-Conhecimento do Recurso de Apelação Cível nº 4425/93 do TJRJ; TJ-SP – Registro Civil- Assento de nascimento-Retificação- Transexual. Requerente se submeteu à cirurgia de genitoplastia. Alteração no nome e sexo no assento de nascimento. Viabilidade para assegurar os direitos básicos do cidadão evitando sua exposição ao ridículo e perplexidade no meio social. Recurso provido (10ª Câmara de Direito Privado – Rel Des Testa Marchi – Julg em 21.4.2006); TJ-RS- Ap. Civ 70013909874 – Alteração do nome e averbação no registro civil- Transexualidade- cirurgia de transgenitalização. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo, não pode constituir óbice para ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. (7ª Câmara. Civ. Rel Des Maria Berenice Dias- Julg em 5.4.2006).

momento do casamento, pedir na justiça uma certidão de inteiro teor na qual constaria o sigilo.⁵⁹⁸

Para Rénan Kfoury Lopes, “por gerar efeito ex nunc, a alteração deverá ser averbada à margem do registro de nascimento, para não encobrir uma realidade nem prejudicar direitos de terceiros antes dessa radical transformação”.⁵⁹⁹

Maria Helena Diniz entende que a adequação do prenome ao novo sexo do transexual operado deve ser feita em todos os seus documentos sem nenhuma menção discriminatória, pois o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual.⁶⁰⁰

No mesmo sentido deliberou Antonio Chaves “como permanecer indiferente a esse gesto de desespero de quem se mutila de algo que, por não desempenhar função alguma, nem pode a rigor ser qualificado como órgão,denunciador de uma realidade que não aceita por não corresponder à realidade mais íntima e profunda do seu ‘eu’,como não convir em que ninguém senão depois de anos e anos de sofrimentos e conflitos, e depois de minuciosos e demorados exames psiquiátricos, irá assumir cirurgia tão terrificante? Existirão razões verdadeiras para impedir que,depois de todo esse drama, venha ele ainda a ser perpetuado pela recusa de um simples aditamento,transladando para o registro de nascimento o reconhecimento da correção de uma só palavra, que não corresponde à realidade psíquica, e agora, material do indivíduo,que,sob esse ponto de vista,já não mais pode ser considerado, como constava, homem ou mulher?”⁶⁰¹

Pode-se, desta forma, concluir que o nome, em sua função primária de situar a pessoa no universo, deve forçosamente representá-la no meio em que vive e da forma como ela se apresenta, identificando a pessoa em toda a sua dimensão. Permitir a cirurgia e negar o direito à identificação nos documentos pessoais – o que representa a identidade social do indivíduo – fere frontalmente os direitos da personalidade do cidadão e afronta os

⁵⁹⁸TJ-RS-Ap. Civ 70018911594- Registro Civil- Transexualidade- Prenome e Sexo – Alteração- Possibilidade- Averbação à margem. O fato de a pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido pelo apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino.... deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se,assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. Assim, nenhuma informação ou certidão poderá ser dada a terceiros, relativamente a alterações nas certidões de registro civil, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial. Recurso provido (7ªCâm Civ – Rel Des Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves- Julgado em 25.4.2007).

⁵⁹⁹LOPES, Rena Kfuri. Homoafetividade: Ave, ó Maria Berenice Dias, cit., p. 26.

⁶⁰⁰DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 281.

⁶⁰¹CHAVES, Antonio. Operações cirúrgicas de mudança de sexo: a recusa de autorização de retificação e registro civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 679, p. 14, maio 1992.

princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, o direito ao sigilo e o direito à intimidade.

O não acolhimento do pedido de adequação do prenome em relação ao sexo no registro civil viola o artigo 8.º da Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, visto que toda pessoa tem o direito à vida privada e familiar e à identidade pessoal.

Ainda não há um consenso quanto à publicização da retificação de assento levada a efeito. Há determinações para que permaneçam em sigilo absoluto, nem no fornecimento de certidões deve ser feita referência à situação anterior, salvo mediante requerimento do próprio interessado ou pedido judicial; em outras decisões existe a possibilidade de tornar pública a retificação.⁶⁰²

Na prática, nenhum desses julgamentos esclarece a finalidade da divulgação da retificação do nome do transexual. Se para motivar o eventual indeferimento do pedido de habilitação para o casamento, para evitar que terceiros de boa-fé incorram em erro essencial frente à pessoa de seu cônjuge, bem como questionar-se a própria existência e higidez do casamento.

Aponta Rodrigo da Cunha Pereira que são encontradas, na atualidade, decisões jurisprudenciais, entendendo pelo acolhimento do pedido de retificação do registro de nascimento do transexual após a realização da cirurgia redesignatória, conforme acórdão da 3ª Câmara Cível do TJRS- Apelação nº593.110.547 do TJRS. “Retificação de registro de nascimento - mudança de nome e de sexo-transexual-admissibilidade”, j.10.3.94; Apelação Cível n. 591.019.831 da 4ª CC do TJRS – Rel. Des.Gervásio Barcellos. “Registro público-retificação do registro de nascimento” j.5.5.91 – todas posicionando-se no sentido de adequar o direito aos fatos da vida; e no sentido contrário :Transexualismo-retificação de registro civil- impossibilidade- órgãos sexuais masculinos internos e pseudovagina” Registro- retificação de sexo – prenome” – cirurgia de ablação da genitália masculina, considerada mutiladora não tem o condão de transformação de sexo – prevalência do sexo natural sobre o biológico.- TJRJ – Apelação Cível n.4425/93 – 8ª câm Cível – Rel.Des.Luiz Carlos Guimarães.j.10.5.94.⁶⁰³

⁶⁰²DIAS, Maria Berenice. op. cit., p. 113.

⁶⁰³PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*, cit., p. 166-178.

Pode-se apontar que na atualidade os tribunais vem entendendo pelo acolhimento dos pedidos de alteração de nome, nos casos que envolvem os transexuais pós-transicionais. Isso se deve principalmente pelo fato da desconexão entre a aparência e a identificação pessoal nos documentos causar embaraços e constrangimentos ao seu portador, ferindo frontalmente seus direitos personalíssimos e os direitos humanos à luz dos princípios constitucionais.

Assim, para evitar tais constrangimentos os tribunais vêm, com fundamento no artigo 58 da Lei de registros públicos, autorizar a alteração do prenome do transexual, pois é evidente que àquele que se autorizou a cirurgia redesignatória, baseado no complexo diagnóstico e profilaxia da transexualidade, que se conceda também a adequação registral.

No Brasil, muitos pacientes operados têm conseguido a alteração registral ainda na dependência de decisão judicial favorável. A Resolução do CFM contribuiu muito para a mudança do entendimento jurídico nos últimos anos, embora falte aos transexuais um amparo legal mais efetivo oriundo de uma legislação específica para os casos de disforia de gênero.

Premente é a aprovação de uma lei sobre a identidade de gênero, para que os transgêneros possam articular o masculino e o feminino a partir das múltiplas referências que os compõem. Aduz Berenice Bento que a lei de identidade de gênero mescla o reconhecimento e a autorização, o que indica que ainda é necessário o parecer de uma equipe médica/legal diagnosticando que o solicitante é um “transexual de verdade”.⁶⁰⁴

Entretanto, na maioria dos casos, a alteração registral vem concedida após a efetiva realização da cirurgia redesignatória, embora haja referência de decisão pioneira de concessão de alteração registral sem a realização da intervenção cirúrgica curativa, baseada apenas na análise das condições psicológicas do paciente.⁶⁰⁵

Diferente do direito brasileiro, no direito alienígena a situação apresenta-se de forma mais favorável para o transexual, pois a possibilidade das pessoas de mudar de gênero, em muitos países europeus é uma discussão que se efetiva pela óptica dos direitos humanos, o que significa entender os transgêneros como sujeitos de direito.

Aprovou o Parlamento inglês, em setembro de 2005, a lei de identidade de gênero. Em seu teor aponta-se que uma vez diagnosticada a transexualidade pode o indivíduo

⁶⁰⁴ BENTO, Berenice. Transgêneros, direitos humanos e legislação. p. 1. *Universidade de Brasília*. Disponível em: <<http://www.unb.br/acs/unbclipping/cp050502-11.htm>>.

⁶⁰⁵ AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual prático dos direitos de homossexuais e transexuais*, cit., p. 98.

solicitar a mudança nos documentos, sem a necessidade prévia da realização da cirurgia redesignatória, o que faz as pessoas transexuais ascenderem à condição humana, pois o descompasso entre o gênero apresentado socialmente e os documentos que as identificam macula-lhes a dignidade. Mescla a lei de identidade de gênero inglesa o princípio do reconhecimento e da autorização – fazendo-se necessário o prévio diagnóstico de transexualismo autêntico.⁶⁰⁶

No direito Espanhol, elucida Javier López- Galiacho Perona que “ uma vez decretada por sentença a retificação registral do sexo modificado ,deveria passar a ser conhecido o transexual por direito como pessoa pertencente ao sexo que agora, mediante alteração, anuncia o novo registro”.⁶⁰⁷

No mesmo sentido é o entendimento da legislação alemã- Transsexuellengesetz- de 10.09.1980; da legislação holandesa – lei de 24.4.1985, que dispõe sobre a mudança do sexo no registro civil de transexuais – permitindo não só a mudança de sexo como a alteração do acento registral; da legislação sueca, pioneira no tratamento do tema – Lag on fastställande av rönstillhörighet i vissa fall de 21.4.1972, permite à autoridade administrativa competente modificar registralmente o sexo do indivíduo que desde a adolescência tenha sentido que pertence ao sexo diverso do seu sexo biológico e que apresente um comportamento típico do seu sexo social- prevê a referida lei que o requerente deve ser sueco, maior, solteiro e estéril; da lei italiana de 14.4.1982 – que prevê que mediante sentença judicial pode-se retificar a menção do sexo no registro civil do transexual que tenha sido submetido à cirurgia redesignatória (arts.1º e 3º); das leis: belga, suíça, turca, portuguesa, dinamarquesa – a mudança de nome é admitida se o requerente for castrado ou esterilizado, e a de alguns estados federados dos Estados Unidos – como o Estado da Louisiana e o de Illinois.⁶⁰⁸

3.2.2.4. A conjugalidade do transexual

O debate abrangendo indivíduos transexuais leva a sérias consequências no mundo do direito, pois, após a transformação da aparência sexual, reclama-se em seguida o

⁶⁰⁶BENTO, Berenice. op. cit., p. 1-2.

⁶⁰⁷LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 153.

⁶⁰⁸DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 277-280. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 151.

reconhecimento legal de seu novo sexo e todas as implicações que as modificações do sexo e, conseqüentemente, do estado, acarretam para o direito de família, tendo em vista que a mudança do estado civil torna-se parte integrante da terapêutica do transexual.⁶⁰⁹

O estado civil que se estabelecerá para o transexual recebe amparo das deliberações emanadas das Cortes de Direitos Humanos, por ligar-se diretamente aos direitos fundamentais das pessoas e da família.

A modificação da identidade do indivíduo traz para o direito problemas difíceis, pois referem-se desde logo ao estado da pessoa, sua identidade – aquela simbólica, oriunda do nome, e também a real – estabelecida pelo sexo social do indivíduo, onde a lei lhe confere uma imagem jurídica, que, limitando seus contornos, estabelece-lhe um plexo de direitos e obrigações. Faz surgir a abordagem jurídica do público e do privado, essenciais para a abordagem jurídica do transexualismo e sua difícil conexão com a questão filosófica-jurídica da propriedade do corpo e os limites de sua intervenção.

Envolvendo a problemática questão da mudança de sexo, diversas questões são suscitadas no campo do direito civil. Poderia o transexual contrair matrimônio? Haveria identidade de sexo entre os cônjuges? Em face do artigo 1556 e seguintes do Código Civil (220 do Código Civil de 1916), este seria passível de anulação a pedido do seu consorte. Haveria erro essencial em face da pessoa do outro cônjuge? Seria esse matrimônio inexistente?

A questão envolvendo a conjugalidade do transexual é bastante polêmica, e muito se debate acerca da possibilidade deste de contrair matrimônio ou constituir união estável, formando, assim, uma família nos moldes legais.

A Constituição brasileira só permite o casamento entre pessoas de sexos diferentes, sendo, portanto, inadmissível a união legal entre as pessoas do mesmo sexo, ainda que uma delas tenha se submetido à cirurgia de conversão sexual. Com a finalidade de proteger o consorte, defende-se a menção do termo transexual no registro civil. O matrimônio do transexual só poderia ocorrer por processo de habilitação que requer a retificação do seu registro civil, todavia questiona-se ainda se não se trata de matrimônio inexistente por haver identidade de sexo entre os cônjuges⁶¹⁰.

⁶⁰⁹FRIGNET, Henry. op. cit., p. 17.

⁶¹⁰DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 284.

Podemos entender que o casamento convolado com um indivíduo transexual pode ser perfeitamente válido, tendo em vista o longo caminho percorrido por este desde o seu diagnóstico até a sua alteração registral – já explanado. Observadas as deliberações das Cortes de direitos humanos e dos princípios constitucionais, o novo sexo, fruto da intervenção cirúrgica, e da adequação fisio-psíquica, daria a conformação do sexo social do indivíduo e geraria, portanto, a diferenciação sexual requerida pela lei brasileira. Logo, não incluir-se-ia este no rol do casamento inexistente, mas, dada a sua inegável peculiaridade, persiste a possibilidade de este ser anulável, tendo em vista a existência de possível erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, caso o outro nubente ignorasse os fatos antes do casamento, além da presença de defeito físico irreparável que tornasse impossível a convivência comum, fruto de cicatrizes ou sequelas cirúrgicas que inviabilizassem a vida conjugal normal, tal como dispõe o artigo 1557, I,III, do Código Civil.⁶¹¹

Além disso, considerando que o casal formado por um membro transexual viva em união estável, poderia a justiça deixar de declarar a sua existência pelo simples fato de um dos conviventes ser transexual?

No que tange à efetiva troca de sexo do indivíduo redesignado cirurgicamente, questiona-se se tem mesmo a cirurgia a capacidade de transformar o homem em mulher ou a mulher em homem.

Divergentes são as interpretações. Porém, se entendermos que sim, que houve uma real “troca” de sexo, ou melhor, uma efetiva adequação ao estado sexual preponderante do indivíduo, tornando-o apto para uma vida nova, onde não somente o sexo, mas a essência do indivíduo foi alterada, possui o transexual aptidão para o casamento, pois inexisteria a coincidência de sexos preconizada pela lei. Desta opinião partilham Maria Berenice Dias e José Roberto Neves Amorim.⁶¹²

Por outro lado, se entendermos que a cirurgia de transgenitalização, de cunho reparatório, por mais que modifique a morfologia dos órgãos sexuais, alterando-lhes o fenótipo, o sexo jurídico, bem como o estado do cidadão, efetivamente não tem a capacidade de alterar o sexo do indivíduo (posto que sua informação genética, que é

⁶¹¹A questão envolvendo os parceiros dos transexuais desperta grande interesse científico. Blanchard e Collins dão ao desejo de homens por transexuais e transgêneros o nome de ginandromorfofilia, que se constitui como interesse erótico separado e particular.

⁶¹²DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 206-210 e AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 64.

determinada pelos cromossomos ,continuará a ter a leitura do seu sexo originário); seria inexistente o casamento convolado pelo transexual.

Antonio Chaves sustenta a possibilidade do casamento do transexual que já tenha obtido o reconhecimento judicial da sua redesignação sexual, pois entende que, a inexistência de aptidão procriativa não é causa para a descontinuação do matrimônio.⁶¹³

Pontes de Miranda, após asseverar que a conformação viciosa ou a mutilação dos órgãos sexuais não torna impossível a existência do casamento, conclui que admitida a dúvida quanto ao sexo de um dos cônjuges, a ação deverá debater necessariamente quanto à validade e não quanto à existência do casamento.⁶¹⁴

“Uma decisão inédita do TJRS, autorizou expressamente o casamento de transexual ainda que não haja inversão da natureza, mas da mudança de uma forma de viver, possui o transexual capacidade para o casamento, pois o sexo psíquico prepondera sobre o biológico. Não havendo norma proibitiva com relação ao casamento de transexuais, pode-se afirmar pela inexistência de impedimento para a realização do contrato de casamento”.⁶¹⁵

No plano internacional, decisões em igual sentido foram proferidas pela Corte de Strassburgo em 1986, 1990, 1998 garantindo o direito de se casar a transexuais ingleses, re-designados, pois apresentavam sexo biológico diferente de seus consortes.

Pessoalmente, entendemos que a informação genética trazida pelo seres humanos não se altera, logo por mais que se sinta o indivíduo como pertencente ao outro sexo do seu sexo originário ele não se separará. No entanto valorizando-se o sexo psicológico que leva à redesignação do indivíduo para o seu sexo social – e consequentemente jurídico, nada obstará a convalidação de justas núpcias, reservados os direitos da personalidade – dignidade, intimidade, identidade de gênero, sigilo, de ambos os nubentes.

Como poderia ser definido o melhor momento para a realização da cirurgia redesignatória?

O momento da realização da cirurgia redesignatória apresenta-se todavia controverso: como a cirurgia de conversão de sexo, só poderia ser realizada em transexual solteiro, viúvo ou divorciado, para evitar constrangimento para o seu cônjuge. Se na

⁶¹³ CHAVES, Antonio. Castração, esterilização, mudança artificial de sexo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, v. 542, p. 18, dez. 1980.

⁶¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 366.

⁶¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*, cit., p. 115.

constância do casamento um dos cônjuges passar a sofrer de perturbação de identidade sexual, impossibilitando para isso o cumprimento do débito conjugal, poderia o outro cônjuge propor a separação com base em conduta desonrosa? anular o casamento por erro essencial? pedir o divórcio por separação de fato? requerer a separação judicial por injúria grave?⁶¹⁶

Harry Benjamin, que muito se ocupou do tema da sexualidade humana, concluiu em seus estudos que muitos indivíduos apesar de bem casados e normalmente inseridos na vida familiar, optam por realizar a cirurgia conversiva. Tal situação ocorre em seu ponto de vista devido ao fato de este transexual ser portador da transexualidade secundária, cujos sintomas presentes em estado latente aparecem tardiamente, numa fase onde normalmente o indivíduo já está casado e muitas vezes com filhos. Ocorre, também, que os transexuais masculinos casados acabam desenvolvendo uma libido homossexual, e acabam por tornar-se impotentes.

Quanto aos transexuais femininos, estes apresentam, na posição do autor, uma libido homossexual ainda mais pronunciada do que o transexual masculino. Nada lhes impede, entretanto, de procriar na juventude.

Aduz, finalmente, Harry Benjamin que esses casamentos acabam por durar pouco, chegando à separação ou ao divórcio, por causas diversas que vão desde a falência do matrimônio em si até a falta dos deveres conjugais, mormente a conduta desonrosa e a injúria grave.⁶¹⁷

Para evitar constrangimento ao outro cônjuge, entende Maria Helena Diniz, com o amparo da legislação alemã e sueca, que somente os transexuais solteiros, divorciados ou viúvos poderão fazê-la, embora permaneçam inalterados os direitos e deveres entre o transexual operado e seus filhos conquanto não lhes cause, com sua conduta, qualquer dano moral ou material. Assim também entendemos ser uma boa forma de solução do conflito.

Leciona Yussef Said Cahali que a aquiescência do cônjuge não abalaria a validade do casamento, mas a falta de concordância configuraria conduta desonrosa e grave

⁶¹⁶DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 284-285.

⁶¹⁷SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, cit., p. 122.

violação dos deveres do casamento, pois tratar-se-ia de uma violação contra a personalidade do cônjuge.⁶¹⁸

Diverso é o posicionamento do tema frente ao direito alienígena.

Em Portugal, o casamento civil heterossexual pós-transicional não tem se apresentado mais de forma emblemática. Mudado o registro, é permitido o casamento civil, desde que com orientação heterossexual.⁶¹⁹

Além disso, a própria ordem dos médicos recomenda que o candidato à transgenitalização não seja casado, pois os tribunais têm considerado as pessoas casadas como incapazes de serem transexuais; assim, falta capacidade jurídica para o pedido (nenhum acórdão explica a relação clínica entre um casamento prévio e a não transexualidade).⁶²⁰

Na Espanha, ao transexual, com a Lei 3/2007 de 15 de março, que regula a retificação registral e a menção relativa ao sexo, foi concedido o direito de alterar o seu registro civil adequando-o ao sexo psicossocial, introduzindo-se, assim, novo nome, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, bastando para tanto o diagnóstico de disforia de gênero, a persistência dessa dissonância, a ausência de outras moléstias psíquicas, o tratamento médico por três anos. Desta forma, a nova lei, em seu artigo 5,2, traz como efeito principal que a retificação registral permitirá ao interessado exercer todos os direitos inerentes à sua nova condição.

Entendemos, aí, que na observância dos requisitos legais nada obsta ao casamento do transexual. Necessário se faz para a validade do mesmo que o outro nubente seja devidamente informado antes do ato do casamento, sob pena de nulidade à luz do artigo 73 do Código Civil espanhol.

Fôra imperativo para o casamento, que tivessem os nubentes *diverso sexo registral*, à luz dos artigos 66,67 e 1344 do Código Civil, havendo por isso uma prevalência doutrinal e jurisprudencial em negar o direito ao matrimônio ao casal transexual, embora

⁶¹⁸CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987. p. 249.

⁶¹⁹Fonte: FISHSPEAKER. p. 1. Disponível em: <http://fishspeaker.blogspot.com/2006/10/problematica.social-da-conjugalidade.html>.

⁶²⁰Id. Ibid., p. 2.

em algumas decisões legislativas de organismos europeus seja concedido o *ius nubendi* aos transexuais.⁶²¹

Com a entrada em vigor da Lei 3/2007 – Lei de identidade de gênero, e da Lei 13/2005, que modificou o Código Civil em matéria de casamento, reconhecendo como válido em território espanhol o casamento realizado em observância dos requisitos legais independente do sexo dos contraentes como preconiza o artigo 44, encontra pleno respaldo aosolhos da lei o casamento convolado pelo transexual.⁶²²

Tendo em vista o respeito aos direitos humanos, os valores personalíssimos da pessoa humana e a valorização do casamento em sua visão contemporânea- baseada no afeto, na observância dos costumes e do momento histórico vigente -, vê-se valorizado o indivíduo transexual em solo espanhol, estando apto para exercer plenamente os atos da vida civil.

Na Alemanha, a Corte Constitucional Federal, em decisão datada de 1978 não entendeu a transgenitalização como contrária aos bons costumes, e estendeu a possibilidade do matrimônio aos transexuais. Vigem em território alemão a lei de identidade de gênero – Transsexuellgesetz- de 10.9.1980, que regula a questão da transexualidade no que tange à realização da cirurgia redesignatória, a alteração registral, a possibilidade de convolar núpcias ou manter união estável.⁶²³

Na França, no que tange à conversão de sexo do transexual, a não concordância dos fatores biológicos com o sexo social num transexual operado não é motivo para recusar-lhe o reconhecimento jurídico da alteração de sexo. Por outro lado, entende a lei nacional que, para fins de casamento, o sexo registrado na ocasião do nascimento constitui uma espécie de limitação que deve ser observada em face do direito natural de se casar. Desta forma, pode-se entrever que a legislação francesa traz consignada um caráter discriminatório que torna impossível o casamento do transexual.⁶²⁴

⁶²¹Em recurso impetrado pelo Tribunal Superior Espanhol, obteve-se em sentença de 2.7.1987: “Sin embargo, tal modificación registral no supone una equiparación absoluta con la de sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigirá la plena capacidad y aptitud em cada supuesto (FD 3º, 2º)”, com isso conclui-se que o transexual teria somente o direito à retificação do acento registral, mas esta não abrangeria outros atos da vida civil, como o casamento, que por outro lado continuaria a ser contraído ao lado da adoção, das competições esportivas mediante seu sexo originário. LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 319-320.

⁶²²Fonte: UNIVERSITAT DE GIRONA. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/família/L13-05.htm>> e L 13-07.htm>.

⁶²³CHAVES, Antonio. Castração, esterilização, mudança artificial de sexo, cit., p. 17-18.

⁶²⁴CODE Civil. 104. éd. Paris: Dalloz, 2005. p. 229 – commentaires sur l’article 144.

Quanto ao momento da realização da cirurgia redesignatória, a legislação espanhola prevê que antes de requerer a alteração do sexo deve o matrimônio ser desfeito, mediante divórcio ou arguição de nulidade.

A legislação alemã de 1980, por outro lado, dispõe que o transexual seja solteiro (§ 8.1.2); assim também o entende a legislação Holandesa, de 1.8.1985 (art 29 a-1 C.c); a Sueca, de 21.4.1972 (§3); a lei de Quebec, de 31.12.1977.

A legislação italiana de 14.4.1982, diferentemente das anteriores não impõe que o individuo seja solteiro, divorciado ou viúvo para a realização da cirurgia de redesignação, pois permite ao transexual casado realizá-la. A sentença de retificação dissolve automaticamente o casamento, independentemente da sua forma de realização, se civil ou religiosa.

No mesmo sentido dispõe a lei turca de 12.5.1988, para a qual “dissolve-se automaticamente o vínculo conjugal desde a promulgação da sentença que autoriza a troca de sexo- art 29CC”.⁶²⁵

Na Inglaterra, com a introdução, em 2004, do Gender Recognition Act, uma lei de identidade de gênero das mais conservadoras da União Europeia, quem já for casado, e não dissolver o seu casamento voluntariamente num período de tempo limitado após o pedido de mudança dos registros legais, recebe apenas uma certidão de reconhecimento de gênero ínterim, que ao contrário da plena, continua a considerar a pessoa como membro de seu sexo anatômico original para vários efeitos.⁶²⁶

Nos Estados Unidos, a Corte da Flórida decide que transexuais não podem se casar, segundo as leis matrimoniais da Flórida – estadual -, que proíbe o casamento entre casais não heterossexuais.⁶²⁷

⁶²⁵ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 249-251.

⁶²⁶ Fonte: FISHSPEAKER. p. 2. Disponível em: <<http://fishspeaker.blogspot.com/2006/10/problematica.social-da-conjugalidade.html>>; BURTON, Francês. *Core Statutes on family law*. UK: Law Matters Publishing, 2005/2006. p. 258 e ss. Transexual vai à Corte Europeia pelo direito de se casar: mulher teve seu casamento anulado após o governo britânico descobrir que ela havia nascido homem está levando seu caso para a Corte Europeia de Direitos Humanos baseado nos artigos 8 e 13 do Ato de Direitos Humanos, que protege o direito da vida em família e o direito de não ser discriminado. Fonte: DST.AIDS. Disponível em: <<http://sistemas.aids.gov.br/imprensa>>. Acesso em: 24 nov. 2007; em outro caso: Transexual britânico ganha direito de ser mulher e se casar- Um transexual britânico ganhou sua batalha na Corte Europeia de Direitos Humanos para ser reconhecido como mulher e poder se casar. Para o julgamento do caso, a sentença foi baseada na Convenção Europeia de Direitos Humanos que prevê respeito à privacidade e à liberdade de escolha dos cidadãos europeus. Fonte: BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

⁶²⁷ TRANSEXUAL. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Transexual>>. Corte da Flórida decide que transexuais não podem se casar – a sentença conclui que o sexo natural de uma pessoa será

Vê-se, portanto, que os transexuais visam a possibilidade de viver em harmonia e articular o masculino e o feminino, o gênero, a partir de múltiplas referências. Essa possibilidade de se alterar o gênero, adequando-o a uma conformação psicológica diversa, abarca a esfera dos direitos humanos e recebe proteção principiológica na Constituição Federal.

Entendemos que a solução fique pairada no seguinte sentido: uma vez redesignado, o cônjuge impede que tenha continuidade o casamento pela igualdade dos sexos, pois a inadaptação de um ao seu sexo originário não impõe ao outro a convivência homossexual; logo, entendemos que o divórcio seja a única solução jurídica cabível, pois não se poderia falar em casamento inexistente, nem mesmo em anulação ou nulidade matrimonial, pois anteriormente à realização da cirurgia, dependendo do prazo, houve a consumação do mesmo.

Quanto à possibilidade de o transexual solteiro ou divorciado contrair matrimônio ou constituir união estável, pensamos que, uma vez diagnosticada a transexualidade, realizada a cirurgia redesignatória e a retificação do assento registral, nada obsta ao casamento do transexual, pois, nas questões envolvendo disforia de gênero, o sexo a ser valorizado para integrar as relações jurídicas deve ser o sexo psíquico do indivíduo.⁶²⁸

3.2.2.5. A filiação

Diversos problemas de ordem privada e da ordem pública decorrem da redesignação do transexual, principalmente no que concerne às relações familiares. Os efeitos legais com relação aos filhos, notadamente em matéria de identidade e sucessões, continuariam inalterados, pois a redesignação do genitor não constará em nenhum documento dos filhos.

Discute-se a viabilidade da realização da cirurgia redesignatória na ocorrência de prole. Desde que não venha a causar qualquer dano moral ou material à educação da prole, seria esta realizada tendo em vista a reinserção social do portador de transexualidade.

considerado para determinar a validade de um casamento. Fonte: <<http://noticias.uol.com.br>> em 28.3.2008.

⁶²⁸MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Casamento inexistente, nulo e anulável. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 98, p. 35, jul. 2008.

À luz do direito, diversas situações podem ocorrer envolvendo pai/mãe transexual e sua prole.

Podemos destacar, à luz do direito espanhol: a filiação natural gerada antes da retificação do registro do transexual, mas não determinada – é possível pleitear-se o reconhecimento da paternidade, tendo em vista o seu sexo originário anterior à cirurgia de redesignação; a filiação natural gerada e determinada posteriormente à alteração do registro do sexo. – também postula-se o reconhecimento da filiação, baseado no sexo que se tinha antes da transgenitalização; no caso de transexual que doa seu material genético para posterior fecundação perderá os efeitos parentais, dado o anonimato de doador previsto em lei, exceção feita para o caso de transexual casado ou convivente que tenha doado seu esperma para que fosse realizada uma fecundação *post mortem*, terá o filho direito ao nome do pai oriundo do seu sexo originário.

Pode ainda o transexual recorrer à adoção, se reunir os requisitos legais para fazê-lo; seja ele solteiro ou convivente, pode aqui adotar o filho de seu consorte.⁶²⁹ (Na Espanha o adotante deve ter mais de 25 anos e ter mais de 14 anos de diferença de idade com o adotado). Diferentemente do que acontece com os homossexuais, a criança que viva num lar com um dos pais ou mesmo com ambos transexualizados tem o referencial de ambos os sexos, porque assim lhe é apresentada a família; para os homossexuais faltaria esse referencial, pois ambos os conviventes têm o mesmo sexo.⁶³⁰

Na França, em matéria de filiação assistida, é vetado ao concubino transexual, que reconheceu o filho de sua concubina nascido de inseminação artificial heteróloga, invocar a inteligência do artigo 311-20, que prevê a necessidade do consentimento prévio para tal ato.⁶³¹

Uma situação peculiar poderá ocorrer no caso do transexual que tem o direito de adotar mediante seu novo sexo, e já tiver filhos anteriores à sua transgenitalização, pois com isso será ao mesmo tempo *pai* de alguns dos irmãos e *mãe* de outros irmãos.

Estes fatos, entretanto, não devem afastar do transexual o direito de constituir família, e esta inclui a prole, pois os diplomas legais, no que tange à adoção de menores,

⁶²⁹ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 306.

⁶³⁰ Nesse sentido, diversos autores espanhóis se pronunciaram, entre eles: Segovia de Aranha, Grisólia, López-Ibor, Mora-Portera – Homossexualidad y entorno familiar, diário ABC de 28.10.94, p. 3 in LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. *La problemática jurídica de la transexualidad*, cit., p. 308.

⁶³¹ CODE Civil. 104. éd., cit., p. 379.

nada dispõe sobre o impedimento de fazê-lo, tendo em vista o diagnóstico de disforia de gênero.⁶³²

Desta sorte, podemos concluir que, de acordo com a evolução política e social que conheceu a humanidade, ou parte dela, o Estado Democrático deve atender à multiplicidade de valores, desejos e realidades que congrega. Assim, em nome da tolerância, do respeito à dignidade individual do ser humano, tendo em vista a evolução da medicina e dos costumes, que deslocou o eixo da determinação do sexo reprodutivo para o sexo prazer, ampliando a possibilidade de realização pessoal, deve ser valorizado o transexual como portador de uma variação de gênero que lhe impede o pleno desenvolvimento da personalidade de acordo com seu sexo originário. É-lhe facultado o direito a perquirir a sua felicidade pessoal através da redesignação sexual e a consequente acomodação registral, respeitando-se, assim, os direitos ínsitos à sua personalidade como os supracitados direitos à vida, à saúde, à sexualidade, à intimidade, entre outros, bem como garantir-lhe, ainda, a plena inserção social, seja no plano profissional seja na aptidão para a formação da família, direito constitucionalmente garantido; é-lhe inclusive facultado o acesso à adoção, pois entendemos que sua identificação sexual em nada poderá alterar negativamente o pleno desenvolvimento do menor em lar substituto integrado por transexual.

3.2.3. A formação da família pelo intersexual

Como anteriormente exposto, a determinação do sexo do indivíduo define-se por uma plêiade de fatores, relacionados entre si.

Leciona Matilde Josefina Sutter, amparada nos ensinamentos de Emilio Federico Pablo Bonnet, que compõe a noção geral de sexo a integração das seguintes modalidades: o sexo genético – formando pelo sexo cromossômico e cromatínico; o sexo endócrino – formado pelo sexo gonadal, que abrange o ovário, o testículo, a glândula hipófise, a suprarrenal e o extragonadal – formada pela hipófise e pela epífise; o sexo morfológico –

⁶³²Uma decisão pioneira proferida pelo juiz Osni Assis Pereira, da Vara da Infância e da Juventude de São José do Rio Preto, conferiu a manutenção da guarda provisória de um bebê de 9 meses, entregue pela mãe biológica, a uma transexual e seu companheiro. Fonte: GUARDA para Transexual. SP: Justiça garante guarda de criança a transexual. Disponível em: <<http://www.inovaglttb.blogspot.com>>. Acesso em 27 ago. 2007.

que retrata os caracteres genitais e extragenitais, adaptando o organismo à cópula; o sexo psicológico – que indica as reações psicológicas do indivíduo frente ao sexo, seu impulso sexual, sua libido, e o jurídico – que representa o estado individual da pessoa humana.⁶³³

Denomina-se intersexual o indivíduo portador de diferenciação sexual anômala, situação em que existe a preponderância de um sexo, de outro ou, em casos extremos, a co-existência de ambos.

Diferencia-se em sua gênese do transexual e do homossexual, já analisados anteriormente.

Na lição de Dorina Epps Quaglia “o sexo é determinado pelo conjunto de caracteres genéticos, anatômicos, hormonais e psicológicos”. Apoiando-se nos ensinamentos de Jost retrata que “os fatores determinantes do sexo apresentam-se de forma seqüencial, donde oriundo do sexo genético deriva o sexo gonadal, deste configura-se o corpóreo, que pode ser por sua vez subdividido em estruturas internas, externas e caracteres sexuais secundários”.⁶³⁴

Nas etapas de desenvolvimento embriológico, até a 6ª semana de gestação, o embrião apresenta-se neutro do ponto de vista sexual; suas gônadas são indiferenciadas, mistas ou bissexuais. São, nessa fase do desenvolvimento embrionário, duas pregas que contêm um certo número de células sexuais primitivas provenientes da parede do saco vitelínico, que contém também os cordões sexuais formados pela multiplicação das células da superfície da gônada. A partir dessa semana gestacional vai ocorrer a diferenciação sexual, dependendo da existência do cromossomo Y ou não na estrutura cromossômica do embrião. Existindo esse cromossomo Y, os cordões sexuais se multiplicam na porção medular interna da gônada constituindo os cordões testiculares que, por sua vez, originarão os canais seminíferos. Na ausência desse cromossomo Y, os cordões sexuais degeneram na região medular, desenvolvendo-se, em seu lugar, o córtex, isto é, a parede da gônada onde destacam-se, para o interior, grupos de células que constituem os folículos primitivos.

Após essa fase, a constituição cromossômica do embrião deixa de influir na diferenciação sexual, que passa a ser controlada basicamente por hormônios. Assim, a

⁶³³ BONNET, Emilio Federico Pablo. Medicina legal, v. 2, 2/ed. Buenos Aires, Lopez Libreros editores SRL, 1980, p. 1009 Apud SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*, cit., p. 29.

⁶³⁴ QUAGLIA, Dorina Epps R. G. *O paciente e a intersexualidade*, cit., p. 1; JOST, A. Hermafroditism genital anomalies and related in endocrine disorder, Paul Maltimore, Williams & Wilkins, 1958. Apud SUTTER, Matilde Josefina. op. cit., p. 28.

primeira fase do processo de diferenciação sexual é a formação da genitália interna; em seguida formar-se-ão as estruturas básicas específicas: os testículos produzem um hormônio embrionário chamado “substância morfogenética”, que determina o desenvolvimento do aparelho urogenital do embrião: -dutos de Wolff -estrutura masculina – e atrofia os dutos de Müller – estrutura feminina.

Entretanto, se o embrião produziu ovários, inexistindo a substância morfogenética, desenvolvem-se, ao contrário, os dutos de Müller atrofiando-se os de Wolff. É válido ressaltar que esses dutos são duplos, ou seja, existem dois dutos de cada lado.

De acordo com o desenvolvimento embrionário, cada ducto de Wolff originará um epidídimo, um vaso deferente e uma vesícula seminal; os dutos de Müller formarão as duas trompas, o útero e a parte superior da vagina (os dutos de Muller se unem unificando-as).

A partir daí, a próxima fase será da diferenciação da genitália externa, havendo, a partir do terceiro mês de gestação, a secreção de um hormônio masculinizante, o hormônio androgênico, que induz a formação da genitália masculina; a sua ausência, ao contrário, leva à formação da genitália feminina.

A última etapa da diferenciação sexual normal do indivíduo seria a diferenciação dos seus caracteres sexuais secundários; sendo esta dependente de um equilíbrio muito delicado entre os hormônios masculinos e femininos que cada indivíduo possui.⁶³⁵

A ocorrência de qualquer anomalia nessa fase, acarreta distúrbios no desenvolvimento normal, gerando o aparecimento dos intersexos.

De acordo com a preponderância destes, e a ocorrência de anomalias, temos o pseudo hermafroditismo feminino ou masculino: um embrião pode ser cromossômica e internamente masculino e apresentar órgãos genitais externos femininos devido à falta de secreção androgênica; ou, poderá ser cromossomicamente feminino, apresentando inclusive ovários, e apresentar uma genitália externa masculina se sofrer ação de andrógenos no seu desenvolvimento embrionário. Pode ainda um embrião cromossomicamente masculino desenvolver genitália interna e externa feminina, caso sua gônada embrionária não produza nem substância morfogenética, nem secreção androgênica. Assim sendo, os embriões inicialmente apresentam caracteres hermafroditas,

⁶³⁵ Separata utilizada no serviço de nutrição do Hospital das Clínicas da USP- Diferenciação sexual normal e anormal, SP, 1985.

envolvendo, para sua diferenciação, a presença de substâncias específicas, como a substância morfogenética e a secreção androgênica.

Diversas são as causas que podem gerar a masculinização da genitália dos indivíduos que cromossomicamente são femininos: a produção excessiva de andrógenos pelas supra-renais (síndrome adreno-genitais), andrógenos provenientes da placenta da mãe; andrógenos ingeridos pela mãe para evitar o aborto. Dessa forma, o recém-nascido feminino com a síndrome adreno-genital apresenta clitóris grande e fusão das saliências genitais; em casos extremos, poderá ser considerado um menino e educado como tal.

Pode ocorrer também inversamente a feminização das genitálias internas e externas do indivíduo cromossomicamente masculino. Estes nascem com a síndrome da feminização testicular, sendo criados como meninas, com desenvolvimento físico e psíquico tipicamente femininos; são estéreis e não menstruam. Seus dutos genitais são, contudo, masculinos.

Existem entretanto, graus de intersexualidade, levando a falta dos caracteres secundários como falta de barba ou aumento das mamas nos meninos.⁶³⁶

Desta forma, como dispõem Delton Croce e Delton Croce Jr., “compreende-se que da deficiência testicular embrionária ou da falha de resposta dos tecidos periféricos, no homem e na mulher, pela exposição do feto a androgênios potentes, resultem anomalias dos genitais externos integrantes do intersexualismo”.⁶³⁷

No hermafroditismo verdadeiro temos a presença de gônadas masculinas e femininas, possuindo tanto tecido testicular como ovariano no mesmo indivíduo.

Aduz Javier López-Galiacho Perona que o hermafroditismo verdadeiro é um fenômeno raro – apontando para uma média de 300 casos inscritos neste século, apresentando o indivíduo um mosaico cromossômico paralelo XX/XY, que induz à formação de órgãos genitais ambíguos, que os torna estéreis.⁶³⁸

No pseudo-hermafroditismo, por outro lado, as glândulas internas apresentam as características de um único sexo, mas há dubiedade na conformação dos órgãos externos.

⁶³⁶Em casos como o explanado, aduz Helio Gomes que a masculinização na mulher seria resultante de alterações das suprarrenais ou dos ovários, que provocariam o aparecimento de caracteres secundários masculinos. Nos indivíduos do sexo masculino, as consequências da diferenciação sexual anômala expressariam uma maior virilização genital. GOMES, Helio. *Medicina Legal*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 25ªed., 1987, p. 265. Apud SUTTER, Matilde Josefina. op. cit., p. 65.

⁶³⁷CROCE, Delton; CROCE Jr., Delton. *Manual de medicina legal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 483.

⁶³⁸LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 47-48.

Diagnosticado o quadro clínico de hermafroditismo, a cirurgia corretiva adequando o sexo externo ao interno ou o oposto é recomendável, conforme dispõe Silvério da Costa Oliveira, “a decisão sobre a predominância do sexo interno ou externo deve levar em consideração a ocasião do procedimento cirúrgico corretivo, se durante a infância e antes de o indivíduo começar a se definir dentro dos padrões de masculinidade e feminilidade socialmente impostos, será dada preferência ao sexo cromossômico, adequando a aparência externa ao cariótipo e órgãos internos. Se a cirurgia ocorrer em momento mais tardio, deverá predominar o sexo culturalmente aceito pelo indivíduo. O diagnóstico de hermafroditismo é excludente do de transexualismo”.⁶³⁹

A importância do diagnóstico prematuro de intersexualidade é inconteste, pois gera a ambiguidade sérios problemas de inserção social do paciente, além da instalação de traumas e frustrações, que abalam ou diminuem-lhe a autoestima.

Para Vicente Renato Bagnoli, Ângela Maggio da Fonseca e Paulo Augusto de Almeida Junqueira, os fatores que determinam o sexo são: cromossômico, gonadal, somático, civil e psicossocial, que atuam em forma sequencial durante a embriogênese. Define-se como intersexo o indivíduo que apresente discordância de um ou mais desses fatores, independentemente de haver ou não ambiguidade dos genitais.

Apontam ainda os autores que a classificação clínico-laboratorial desses indivíduos permite agrupá-los em:

Disgenesia gonadal – apresentam fenótipo feminino, órgãos genitais internos e externos femininos nos padrões infantis, gônadas indiferenciadas e cariótipo variável. Clinicamente, quando a estatura é normal e não existem malformações é denominada de forma pura, e se a estatura for baixa e houver malformações somáticas, síndrome de Turner e variantes.

Pseudo-hermafroditismo feminino – são mulheres com fenótipo e órgãos genitais externos virilizados (por androgênios exógenos, tumores maternos produtores de androgênios e hiperplasia congênita de suprarrenais), genitais internos femininos, ovários e cariótipo 46, XX. Deve-se salientar que a virilização é de intensidade variável, desde discreta hipertrofia do clitóris até formação de seio urogenital, por vezes impossível de diferenciar de indivíduo do sexo masculino.

⁶³⁹OLIVEIRA, Silvério Costa de. *Transexualismo*. p. 6. Disponível em: <www.sexodrogas.psc.br>.

Pseudo-hermafroditismo masculino – homens com fenótipo e órgãos genitais externos femininos ou ambíguos (deficiência na produção de androgênios, receptores com graus variados de insensibilidade aos androgênios, hipoplasia ou agenesia das células de Leydig, ação exógena de antiandrogênios, deficiência do fator inibidor dos ductos de Müller), genitais internos masculinos, cariótipo 46, XY.

Hermafroditismo verdadeiro – indivíduos com fenótipo e órgãos genitais externos ambíguos, assim como os genitais internos (etiologia ainda discutível, quando não há anomalia cromossômica). Por vezes, os genitais podem apresentar assimetria. A característica desse grupo é a presença, no mesmo indivíduo, de elementos gonadais masculinos e femininos, isto é, “pode haver ovário e contralateralmente testículo, outras associações ou ovotestis (gônadas com parte testículo e parte ovário), o cariótipo é variável.”⁶⁴⁰

Para realizar-se o diagnóstico, tem-se que, “o exame clínico, é fundamental. Na anamnese, as queixas mais comuns na infância são anomalias dos órgãos genitais, malformações somáticas, hérnias inguinais; enquanto na puberdade a amenorréia, infantilismo sexual ou puberdade heterossexual. É importante considerar-se os antecedentes familiares e os antecedentes pessoais. O exame físico geral e dos órgãos genitais deve ser minucioso, possibilitando observar anomalias e sugerir o provável diagnóstico.”

Os exames complementares básicos, indicados pelos autores que conduzem ao diagnóstico são: cromatina sexual, cariótipo leucocitário, androgênios da suprarrenal (sulfato deidroepiandrosterona e 17 alfa-hidroxiprogesterona), morfologia dos órgãos genitais internos (ultrassom ou endoscopia), radiografia de mãos e punhos (idade óssea) e histologia gonadal. A interpretação desses exames permite o diagnóstico diferencial entre os grupos de intersexo, como é relatado:

Disgenesia gonadal – a cromatina sexual pode ser positiva quando o cariótipo for 46, XX (pura) ou negativa com cariótipo 46, XY (pura), 45, X (Turner e variantes) ou 45, X/46, XY (assimétrica); os androgênios suprarrenais são normais; os órgãos genitais internos são femininos hipoplásicos; a idade óssea retardada em relação à cronológica; e as gônadas são fitas indiferenciadas, sem elementos germinativos.

⁶⁴⁰BAGNOLI, Vicente Renato; FONSECA, Ângela Maggio da; JUNQUEIRA, Paulo Augusto de Almeida. Estados intersexuais. Diagnóstico e tratamento. *SOGESP - Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo*. p. 3-5. Disponível em: <www.sogesp.com.br>.

Na Síndrome de Turner, a morfologia genital externa apresenta configuração feminina, incompleta, com aspecto infantil. Os pacientes geralmente são registrados como meninas.

Na Síndrome de Klinefelter, há a presença de uma alteração numérica de cromossomos sexuais (47-XXY), que causa morfologia masculina com atrofia testicular, esclerose tubular, ginecomastia, e caracteres secundários frágeis. Os pacientes geralmente são registrados como meninos.

A Síndrome de Morris, presente em mulheres de constituição somática normal, mas com órgãos genitais impúberes. Sua diferenciação sexual inicia-se masculina, sendo que num momento posterior neutraliza-se a secreção hormonal dos testículos e prossegue-se a evolução embrionária feminizante. Os pacientes são geralmente registrados como meninos.⁶⁴¹

Pseudo-hermafroditismo feminino – cromatina sexual positiva; cariótipo 46, XX; androgênios supra-renais elevados na hiperplasia congênita e normais nas demais formas; órgãos genitais internos femininos; idade óssea avançada em relação a cronológica (na hiperplasia congênita); as gônadas são ovários no padrão anovulatório.

Pseudo-hermafroditismo masculino – cromatina sexual negativa; cariótipo 46, XY; androgênios supra-renais normais; órgãos genitais internos masculinos, idade óssea compatível com a cronológica; as gônadas são testículos com graus variados de hipotrofia ou mesmo degeneração.

Hermafroditismo verdadeiro – a cromatina sexual é positiva quando o cariótipo for 46, XX ou 46, XX/46, XY ou negativa com o cariótipo 46, XY; os androgênios da suprarrenal são normais; os órgãos genitais internos mostram aspectos variáveis, por vezes só caracterizados pela endoscopia; a idade óssea é compatível com a cronológica; a histologia das gônadas revela elementos testiculares e ovarianos com diferentes distribuições.

Para efetuar-se o tratamento, no entender dos autores, “alguns princípios básicos orientam a conduta nos estados intersexuais. Assim, deve-se concluir o diagnóstico o mais precocemente possível, para então atribuir-se o sexo do indivíduo; sempre que possível deve-se adotar o sexo genético, mas quando a genitália for muito rudimentar, dar preferência para o sexo feminino; uma vez estabelecida a identidade sexual (ao redor de 18

⁶⁴¹LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 49.

meses de idade), essa identidade deve ser preservada. Assistência psicológica e orientação familiar são de fundamental importância, devendo ser iniciadas já por ocasião do diagnóstico e continuadas por toda a vida desses indivíduos. Medidas cirúrgicas estão indicadas para melhorar o aspecto do fenótipo e órgãos genitais. Em se tratando de feminilização, antes dos 18 meses deve-se realizar abertura do seio urogenital, amputação do clitóris e plástica do vestíbulo. Na ausência de vagina, indica-se a neovaginoplastia quando houver desejo de relacionamento sexual, ou havendo, condições de dilatação progressiva pela técnica de Frank no período da puberdade. Se a opção for masculina, deve-se realizar a ortofaloplastia, correção de hipospádia e criptorquidia também por volta dos 18 meses.”

Atenção especial merecem as gônadas disgenéticas, os testículos criptoquídicos e o ovotestis, que devem ser extirpados no período da puberdade, pois apresentam risco de transformação neoplásica.

Para finalizar o tratamento cirúrgico deve-se remover os órgãos em desacordo com o sexo do indivíduo.

A complementação para melhoria do fenótipo e também para complicações decorrentes da carência hormonal é feita com reposição hormonal. Assim, indivíduos que possuam útero devem utilizar esquemas cíclicos com estrogênios conjugados (0,625 a 1,25 mg por dia) e acetato de medroxiprogesterona (10 mg por dia durante 10 dias); não havendo útero, bastam os estrogênios no mesmo esquema. Essa reposição deve ser iniciada na época da puberdade e mantida até a senilidade. Na hiperplasia da suprarrenal, o tratamento consiste na administração de corticóides (prednisona 5 a 10 mg dia), permanentemente, desde o diagnóstico.

Os indivíduos com opção masculina devem ser submetidos a tratamento com algum dos androgênios disponíveis no mercado, em doses ajustáveis a cada caso.

Apontam ainda que, deve ser ressaltada a importância do diagnóstico precoce, assim como da adoção de medidas terapêuticas corretas, em época oportuna, para conferir característica o mais próximo possível ao sexo adotado e assim melhorar o prognóstico social e sexual desses indivíduos, bem como seu convívio familiar e social.⁶⁴²

⁶⁴²BAGNOLI, Vicente Renato; FONSECA, Ângela Maggio da; JUNQUEIRA, Paulo Augusto de Almeida, cit., p. 6-8.

Envolve a intersexualidade a estrutura morfológica do sexo e os consequentes desdobramentos na sexualidade humana, uma vez que, está intimamente ligado à estrutura genital e extragenital do indivíduo, que por sua vez, como aduz Roberto Farina, “intervém não só na identificação da pessoa natural, mas também na efetiva realização do ato sexual”, onde concebe Bonnet que “não basta a existência de todos os caracteres, é necessária a conformação genital normal para os fins a que se destinam”.⁶⁴³

Dependendo da fase de vida do indivíduo portador de pseudo-hermafroditismo, a adaptação ao sexo obedecerá ao cariótipo apresentado (sexo cromossômico), quando o diagnóstico é realizado na tenra idade do indivíduo ou ao sexo psicossocial, quando da manifestação dos caracteres secundários da sexualidade na puberdade ou mesmo na idade adulta, tendo em vista a identidade de gênero.

Essa prática é utilizada nos centros médicos, valorizando-se o respeito à dignidade do ser humano, visando a inserção social plena do indivíduo, pois, contrário fosse, inúmeros problemas de ordem psíquica seriam importados ao paciente, que se veria sendo obrigado a conviver num sexo diferente daquele em que se acreditava pertencente.

A Resolução CFM n. 1664, de 12.05.2003, dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual. Determina que o diagnóstico e tratamento dos casos envolvendo anomalias da diferenciação sexual sejam efetuadas por equipe multidisciplinar; impõe a realização de exames complementares envolvendo dosagens hormonais, citogenéticos, imagem e anatomopatológicos; faculta ao paciente que apresentar condições a participar ativamente da definição de seu próprio sexo; assim como impõe o esclarecimento detalhado da conduta do tratamento ao paciente (se for o caso) e a seus familiares, devido aos graves transtornos de ordem biológica e natural causados pelo erro na definição sexual de indivíduo.⁶⁴⁴

Desta forma, tem-se que, após o diagnóstico de intersexualidade, é primaz a realização da cirurgia reparadora, que, quanto mais cedo for feita, maior será a adaptação sócio-psicossocial do paciente, visto que nos casos de intersexualidade há uma indeterminação da identidade sexual do indivíduo.

⁶⁴³FARINA, Roberto. Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias. São Paulo: Novolunar, 1982, p. 112 e BONNET, Emilio Federico Pablo – Medicina Legal, op. cit., p. 1007 ambas as obras Apud SUTTER, Matilde Josefina. op. cit., p. 32-33.

⁶⁴⁴Conselho Regional de Medicina – Resolução CFM n.1664 de 12.05.2003.

Logo, entendemos, em face do exposto, que inconteste é o direito à redesignação sexual do portador de intersexualidade, pois direito personalíssimo garantir-lhe-à a positivação da sua identidade sexual e com ela a garantia de direitos ínsitos à sua personalidade, observados em diversos aspectos, como o moral, o físico, o psíquico, o jurídico, donde se destaca o direito à constituição da família.

Por outro lado, o desconhecimento das anomalias favorece a rotulagem do intersexual, quase sempre de forma pejorativa, impondo-lhe, por via de consequência, uma enorme dificuldade em seu convívio social.⁶⁴⁵

Para Antonio Chaves, quando a realização da cirurgia de mudança de sexo decorre de hermafroditismo, havendo simples erro natural e adotadas as práticas atinentes, nenhuma dificuldade conceitual se estabelece em matéria de liceidade da intervenção cirúrgica, tal como comprova a decisão pioneira advinda de Apelação n.235.341 do TJSP. Assim, definido o sexo predominante, nada impede que seja deferida a adequação do assento de nascimento, assumindo o paciente prenome compatível com o seu sexo fenotípico (RT 444/91).⁶⁴⁶

Uma vez redesignado o sexo jurídico, o intersexual tem o direito à alteração registral para o seu sexo fenotípico – agora adequado com o genotípico.

Importante nos parece ressaltar que, a preocupação com as questões atinentes ao hermafroditismo e a consequente inserção do seu portador ao universo social, aqui entendida também a família, além da política, e das consequências sociais e hereditárias que pode gerar, não é recente. Rudimentos sobre o tema podiam ser encontrados no Digesto de Justiniano, que traz consignado na lição de Ulpiano: *Quaeritur: hermaphroditum cui comparamus? Et magis puto eius sexus aestimandum, qui in eo praevallet* – “ Pergunta-se: A quem equiparamos o hermafrodita? E eu julgo que deve ser estimado mais pelo sexo que nele prevalece” (Ulpianus libro primo ad Sabinum, D.1.5.10).

⁶⁴⁵Em ambos os julgados pode-se perceber a suprema importância do diagnóstico preciso instruído com todos os exames complementares para a realização da inserção psicossocial do indivíduo: Ap. Civ com Revisão 1894174800 – 8ªCâm Dir Priv “Responsabilidade Civil- Indenização por erro de diagnóstico médico - Pseudo- hermafrodita, alegação de que o sexo da criança, quando do nascimento, teria sido indicado de modo errado pelo médico responsável pelo parto - Duas ações idênticas propostas, uma pelos pais em nome próprio, outra por eles em nome da criança - Fundamento idêntico, em ambas, com decreto de improcedência”. Rel. Luiz Ambra. Data do registro 20.08.2008; Apelação Cível com Revisão 2978794800- 10ª Câm Dir Priv “Retificação de registro civil – Mudança de sexo. Sentença de procedência correta, eis que se tratava de pessoa com genitália ambígua, falo tipo não desenvolvido, testículos atrofícos, com ausência de hormônios masculinos e total identificação com o sexo feminino. Apelação não provida. Rel.Marcondes Machado. Data do Registro 11.05.04.

⁶⁴⁶CHAVES, Antonio. Operações cirúrgicas de mudança de sexo: a recusa de autorização de retificação e registro civil, cit., p. 7.

Nos dias atuais, frente aos avanços científicos e jurídicos alcançados, pode-se entender que prevalece ora o sexo cromossômico, ora o sexo social, para a designação correta do gênero do indivíduo.⁶⁴⁷

Como aduz Roque Monteleone Neto “o termo intersexualidade refere-se a um indivíduo que possui um erro na determinação ou na diferenciação sexual sendo que os aspectos puramente biológicos da sexualidade, como o sexo genético ou o gonadal possuem diferenças óbvias dos aspectos psicossociais da sexualidade, tais como a identidade de gênero ou a orientação sexual”.⁶⁴⁸

3.2.3.1. A conjugalidade do intersexual

No âmbito do direito, é atinente a questão do hermafrodita, como dispõe Rodrigo da Cunha Pereira, “por uma necessidade de identificar o sujeito, seja masculino, seja feminino e de se definir como ele se apresentará ao mundo jurídico”.⁶⁴⁹

Na concepção de John Money, o hermafroditismo, ou intersexo “é uma condição congênita de ambiguidade das estruturas reprodutivas, do modo que o sexo do indivíduo não é claramente definido como exclusivamente masculino ou feminino”.⁶⁵⁰

Desta forma, a determinação sexual anômala, impõe intrínsecas consequências à sociedade, no sentido em que, dificultando a determinação da identidade de gênero do indivíduo, atinge terceira pessoa, que, com este, integrará a ordem familiar.

Cumpridas todas as formalidades processuais, e realização de todos os exames apontados como necessários para constatar-se o sexo do indivíduo, entendemos que diferentemente do transexual, o nome do pseudo-hermafrodita adequado ao seu sexo prevalente, devendo o registro fazer a acomodação, pois a cirurgia de adequação de sexo, mais que um direito legal concedido, é uma conduta médica visando o bem-estar e saúde clínica do indivíduo e representa uma utilidade terapêutica e psico-social; é um direito

⁶⁴⁷ULPIANUS – libro primo ad Sabinum, D.1.5.10. In: MADEIRA, Hércio Maciel França. *Digesto de Justiniano*, cit., p. 60.

⁶⁴⁸MONTELEONE NETO, Roque. Erros da determinação e a diferenciação do sexo. In: DELASCIO, Domingos; GUARIENTO, Antonio (Orgs.). *Obstetrícia, ginecologia, neonatologia*. São Paulo: Servier, 1984. p. 313.

⁶⁴⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*, cit., p. 165.

⁶⁵⁰MONEY, John. Sex assignement in anatomically intersexed infants. In: GREEN, M. D. Richard (Ed.) *Human sexuality a health practitioner's text*. Baltimore: Williams and Williams Company, 1975. p. 480. Apud SUTTER, Matilde Josefina. op. cit., p. 64.

natural, personalíssimo do cidadão que goza de proteção constitucional, pois, a natureza fez-se num dado momento prevalecer.

Desta sorte, pode-se perceber que a inserção do indivíduo portador de pseudo-hermafroditismo a um sexo determinado decorre da realização de diversos exames que atestam sua identidade de gênero, amparada pela lei, tendo em vista os direitos da personalidade, a saber: o direito à identidade pessoal, à saúde, à intimidade, à identidade sexual, tendo em vista a valorização da dignidade da pessoa humana. Deve para tanto, ser-lhe outorgada a capacidade jurídica plena relativa à adequação sexual, não sendo possível (nem plausível) que se lhe restrinja a determinados fins.

Tal como aduz Matilde Josefina Sutter, “para a adequação do indivíduo à sociedade é necessário que sua designação sexual corresponda à do sexo dominante, ou seja, aquele que seja funcional para o indivíduo”.⁶⁵¹

Em relação aos reflexos atinentes ao direito de família, concebe Clóvis Bevilacqua que “em matéria de casamento, a regra é pela dualidade de sexos, a não ser que possam dar enganos em raros casos de hermafroditismo ou deformações”. Ampliamos esse posicionamento também à união estável, alçada à égide de família no artigo 226 § 3º da Constituição Federal.

Na mesma linha é a lição de Dalton Croce e Dalton Croce Jr, para quem os estados intersexuais, e mais particularmente o pseudo-hermafroditismo constituem erro essencial em matéria de casamento.⁶⁵²

Cumprida a fase de diagnóstico, demais formalidades médico-legais e redesignação, concluímos que nada obsta ao intersexual que constitua sua família nos moldes tradicionais. Entendemos que sua conjugalidade não se encontra comprometida, pois a adequação fenotípica do sexo em face do genótipo (tal como já referido) não impõe uma alteração do sexo, mas uma acomodação frente a uma anomalia que a própria natureza gerou.

Como leciona Maria Helena Diniz, a aceitação jurídica da cirurgia reparadora e a consequente retificação do prenome e do sexo no registro civil geram para o intersexual operado aptidão para o casamento, devendo este, entretanto, informar o futuro cônjuge de sua condição, evitando assim que o conhecimento posterior ao casamento de fato tão

⁶⁵¹SUTTER, Matilde Josefina. op. cit., p. 77.

⁶⁵²CROCE, Delton; CROCE Jr., Delton. op. cit., p. 483.

relevante possa ensejar à outra parte o pedido de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa, ante a insuportabilidade da vida em comum, à luz dos artigos 1556 e 1557, III do Código Civil. Nas palavras de Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, “o erro essencial capaz de provocar a anulação do casamento deve estar revestido dos requisitos de anterioridade e insuportabilidade da vida em comum para o cônjuge enganado, sendo que o erro sobre a identidade do outro cônjuge pode-se verificar sobre a identidade física ou civil”.⁶⁵³

3.2.3.2. A filiação e o intersexual

Uma vez que o maior problema do portador de intersexualidade é justamente adequar-lhe o sexo à estrutura somática que apresenta e, com isso, inserí-lo no mundo jurídico, pensamos que nenhuma menção desonrosa ou desclassificatória imputar-se-lhe-á em matéria de filiação. Ou seja, frente à incapacidade procriativa que apresenta, resta-lhe o recurso da adoção para que se perfaça a continuidade de sua família, e esta se regulará pelos princípios constitucionais e legais apresentados nos Diplomas legais: o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁶⁵³DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 269-270; ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código Civil comentado*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1662. Nesse sentido, vem o entendimento dos Tribunais: Hermafroditismo, mudança de sexo e alteração do registro civil – TJAL. “Identificação quanto à natureza das glândulas sexuais face à cirurgia reparadora terapêutica. Necessidade de realização dos exames laboratoriais conhecidos como cariótipo e cromatina de baar, requeridos pelo MP. Indivíduo pseudo-hermafrodita. Recurso provido, para anular-se o processo, a partir da sentença objurgada, oportunizando-se o pleito do Agente Ministerial, quanto aos exames, que, *in casu*, são imprescindíveis à busca da verdade material”. *Ex positis*, em preliminar, acordam os desembargadores que integram a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, anulando o processo, a partir da sentença, oportunizando que os exames sejam realizados tal qual o requisitado pelo MP. – Apelação Cível n.9231, 2ª CCTJAL, jul. 1992. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. op. cit., p. 182-189.

4. A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA EM OUTROS SISTEMAS

A formação da família tem recebido diversos contornos no direito alienígena, em virtude do desenvolvimento das ciências, da difusão da cultura, da internacionalização dos direitos humanos e da imperiosa influência da modernização dos costumes experimentado na pós- modernidade.

Ao lado das formas tradicionais de constituição da família, seja ungida ao matrimônio, ou ainda à união livre ou à monoparentalidade, descortina-se em muitos países o reconhecimento da família formada por pessoas do mesmo sexo ou mesmo nos estados intersexuais. Além do próprio casamento civil, diversos países do mundo instituíram a parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo em sua legislação e viram aí a descaracterização da segregação social que vinham sofrendo o homossexual e os transgêneros, decorrente da manifestação de sua sexualidade ou identidade de gênero.

Entretanto, em muitos países ainda continuam a ser adotadas práticas discriminatórias, punitivas ou desencorajadoras das relações homoafetivas.

A controvérsia existente sobre o reconhecimento (ou não) do casamento homossexual vem suscitando inúmeros debates na comunidade internacional. Poderiam estes convolar núpcias, ou estaria o seu relacionamento ungido ao direito contratual?

Com efeito, o corpo legislativo da maioria dos países do mundo não contém previsão de casamento entre pessoas do mesmo sexo, com algumas exceções feitas pelos países do norte europeu, Bélgica, Holanda, Espanha, Canadá e África do Sul. Outros adotam um regime de proteção à família homossexual – considerada como união livre, assemelhando-a à união estável, como a França e a Alemanha. Outros ainda permitem o direito de adoção por casais homossexuais, como Espanha, Bélgica, Holanda, Canadá, Inglaterra, África do Sul, e países escandinavos, por entenderem que nenhum dano psíquico é imposto à prole decorrente da identidade de sexo de seus pais; a matéria, no entanto, não está pacificada, sendo encontradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Importante nos parece salientar que existem diversos pontos em comum entre as parcerias civis registradas e o casamento homossexual no direito alienígena.

4.1. Direito francês

Diversos autores procuraram conceituar a família, entre eles Mazeaud, para quem a família, mais do que retratar as relações criadas pela natureza, devia ser organizada segundo o ideal de vida social dominante, sendo sua definição formada no critério de autoridade da família, ou Jean Carbonier⁶⁵⁴, que conceitua a família como o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação, ou pelo parentesco e afinidade, resultantes do casamento e da filiação, onde o Estado não penetra; sendo deste a expressão mais distinguida do tema em território francês.

Para Josserand, “a família se estende em sentidos muito diferentes, num sentido mais amplo engloba todas as pessoas unidas por laços de parentesco ou afinidade; num sentido mais estrito reúne apenas as pessoas que vivem sob o mesmo teto”. Entretanto, concebe a família como uma entidade necessária e sagrada. Envolve o matrimônio, o parentesco e a afinidade.⁶⁵⁵

Os irmãos Mazeaud ponderam que o legislador ao se ocupar da família não o fez para retratar as relações humanas oriundas da própria natureza, mas vislumbrou organizá-las segundo o ideal de vida social dominante. Esboça, assim, a sua definição: “agrupamento formado por pessoas que, em razão de seus elos de parentesco ou qualidade de esposos, são submetidos à comunhão de vida da qual assumem conjuntamente a direção moral e material”.⁶⁵⁶

A doutrina francesa, atrelada ao Código de Napoleão, define a família como “o conjunto de pessoas unidas pelo casamento, pela filiação, pela adoção ou por um parentesco resultante de uma descendência comum”.⁶⁵⁷

No entanto, prevê o artigo 326 do Código Civil a possibilidade do parto incógnito, ou seja, sem que se figure no registro de nascimento do infante os dados de sua genitora, o que não acarreta, desta forma, nenhum elo de parentesco, pois mantém preservada a identidade da mãe, salvo os direitos da personalidade do filho de conhecer sua ascendência

⁶⁵⁴CARBONNIER, Jean. *Droit civil: la famille: les incapacités*, cit.; MAZEAUD et CHABAS. *Leçons*, cit., Tit I et II, p. 6.

⁶⁵⁵JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: la familia*. Buenos Aires, 1952. t. 1, v. 2, p. 3-5.

⁶⁵⁶MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, cit., p. 28 e 42.

⁶⁵⁷PLANIOL, M.; RIPERT, G.; ROUAST, A. *Traité pratique de droit civil français: la famille*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1952. t. 2, n. I.

biológica. Na inteligência do artigo 316 do mesmo Diploma legal, prevê a lei um prazo legal para a reversão desse quadro no caso de arrependimento.⁶⁵⁸

Na França, a recente lei de 25.7.1994 proclama que “ a família é um dos valores essenciais nos quais é fundada a sociedade”;o direito de família francês foi modificado recentemente pela adoção da Convenção Internacional sobre os direitos da Criança adotado pela ONU em 20.11.1989 e, por outra parte, pela lei nº93-22 de 8.1.1993.⁶⁵⁹

À luz do pensamento de Gérard Cornu, a liberdade do casamento, a liberdade nupcial ou matrimonial constitui, sob a garantia do Estado, uma liberdade pública, uma liberdade fundamental. Para o grande jurista francês, o casamento é ao mesmo tempo uma celebração e um contrato; “é um ato consensual que pode ter por celebração a modalidade civil, laico, ou religiosa”.⁶⁶⁰

Aduz ainda que o casamento é um estado que muito bem define a pessoa no seio da família: estado de esposos, direito do casal legitimamente constituído, que, por sua vez, possui o estatut conjugal, que apresenta uma variada gama de regras essenciais que constituem o estado matrimonial de base e representam o modelo matrimonial francês. Assim indica o autor “Si dans la formation, le mariage est un contract, il est, dans ses effets une institution”. Suas regras constitutivas são de ordem pública, e este, uma instituição privada que obedece aos interesses coletivos, submetendo-lhe a lei à regulamentação dos interesses familiares protegidos pelo Estado: “c’est la famille que l’ordre public protege”.⁶⁶¹

O casamento pode então ser definido como uma forma particular de contrato civil – porque deriva do consentimento dos esposos-, solene, através do qual um homem e uma mulher se unem visando viver conjuntamente e formar uma família, que gerirão conjuntamente em observância aos ditames morais e materiais.

As condições para o casamento na lei francesa são: a diferença de sexo, embora o Código Civil não a mencione de forma expressa, ela se encontra subentendida; capacidade do agente (arts. 114 e 115 do CC); consentimento válido dos nubentes (art.146 CC);

⁶⁵⁸Também são respeitadas as deliberações da Lei de 22.1.2002 relativas ao acesso às origens das pessoas adotadas e pupilas do Estado (em caso de *accouchement sous x*, ou de menores encaminhados à adoção); Convenção de Nova York de 26.1.1990, art.7-1º relativa aos direitos do menor; Convenção Europeia dos Direitos Humanos, art.8 – direito de respeito à vida privada e familiar. BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit des personnes et de la famille*. Paris: LGDJ, 2008. p. 173-174.

⁶⁵⁹BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit de la famille*, cit., p. 10.

⁶⁶⁰CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 271-275.

⁶⁶¹Id. Ibid., p. 84.

ausência de casamento anterior sem dissolução de vínculo conjugal anterior; ausência de parentesco ou aliança (art. 164); consentimento dos pais - quando o nubente for menor, e prazo de 300 dias após a viuvez.⁶⁶²

Como a brasileira, a estrutura tradicional da família francesa aboliu o pátrio poder, o poder marital, prevalecendo o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges e da prole, esta instituída pela Lei de 3.1.1972.

Outras situações familiares menos tradicionais vigoram também na sociedade francesa moderna. São chamados na doutrina de estados paramatrimoniais, donde se destaca a união livre e suas modalidades.

Devido ao aumento do número de uniões livres e o consequente decréscimo de relações matrimoniais, a jurisprudência passou a reconhecer importantes efeitos a estas, desde que contenham os elementos de estabilidade e durabilidade, estendendo-lhes, então, certos direitos concedidos anteriormente às famílias matrimonializadas.⁶⁶³

O concubinato, presente na doutrina francesa, fora visto perante o entendimento dos Tribunais como uma relação que não cria efeitos jurídicos entre os concubinos devido ao seu caráter de imoralidade, como ensinam os Mazeaud, embora fosse prevista a possibilidade do estabelecimento de relações pecuniárias entre estes, mormente a indenização por trabalhos prestados. A jurisprudência aplicava ao concubinato as regras da sociedade de fato.⁶⁶⁴

Desta forma, após muitos debates e hesitações, o governo francês adotou um estatuto do concubinato aberto a casais homossexuais ou heterossexuais. Sua regulamentação legal é facultada desde a vigência da Lei de 15.11.1999 que, através dos pactos de convivência, inseriu no Código Civil uma definição de concubinato, à luz dos seus artigos 515-1 e seguintes.⁶⁶⁵

Existe, portanto, à luz da legislação francesa, dois tipos de união livre: a união livre pura e simples e a união livre atrelada a um pacto de convivência solidária.⁶⁶⁶

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos impõe uma diferença de tratamento em matéria de proteção familiar entre a família casamentária e a concubinária, salvo

⁶⁶²HUBRECHT, Georges; VERMELLE, Georges. *Droit civil*. 15. ed. Paris: Sirey, 1993. p. 38.

⁶⁶³CORNU, Gerard. *Droit civil: les personnes*, cit., p. 91.

⁶⁶⁴MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. op. cit., p. 50.

⁶⁶⁵FULCHIRON, Hugues. *Pacs et partenariats enregistrés en DIP français*, cit., p. 86-87.

⁶⁶⁶TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil: les personnes, la famille, les incapacités*. 7. éme ed. Paris: Dalloz, 2005. p. 517.

quando envolve o interesse de menores. Em face da jurisprudência da Corte, as relações concubinárias podem ser protegidas sob o fundamento do direito ao respeito da vida privada, como dispõe o artigo 14.⁶⁶⁷

Gérard Cornu aponta para um caráter um tanto eventual nas uniões livres na França, a tal ponto que podem ser elas duráveis e estáveis (união estável) ou mesmo uniões passageiras e efêmeras “ tout est diversité “ afirma ele. A diversidade é a marca essencial da união livre, fenômeno irreduzivelmente polimorfo. O casamento é um, a união livre pode ser plúrima.⁶⁶⁸

Aponta, ainda a presença da união estável sem pacto de convivência e a união livre engajada num pacto civil de solidariedade – conhecida propriamente por “ pacs”, que dividiu profundamente os espíritos franceses: “droit sens consensus, mais droit positif”.⁶⁶⁹

Nesse universo, a família adulterina tem seu espaço, e por mais que represente na prática um delito civil produz seus efeitos: o vício do adultério não é suficiente para privar a concubina dos direitos à reparação em face de terceiros.

A família incestuosa, também presente no universo familiar francês, aproxima dois seres que não poderiam se casar, em face dos impedimentos matrimoniais. Velada, clandestina, este tipo de união não possui o *status* de união estável, não gerando, por seu turno, nenhum direito entre os partícipes, pelo contrário, é considerada como imoral – “ le lieu maudit des interdits”. Não corresponde, entretanto, sob a ótica de Cornu, a um problema social, pois ocorre sob a forma dissimulada de relações ocasionais.⁶⁷⁰

Outra forma de família paramatrimonial que tem ocorrido em solo francês é a união passageira. Livre e efêmera, corresponde a um relacionamento eventual –, “sans lendemain”. Entretanto, se esta união for advinda de estupro ou posse sexual mediante fraude pode a mulher pedir indenização por perdas e danos.

Gera, grande polêmica na atualidade, a efetiva proteção que se deve outorgar por lei aos relacionamentos compostos por pessoas do mesmo sexo.

Tal como preleciona Corinne Brahinsky, o concubinato ou união livre, designa uma união fora do casamento, que comporta certa estabilidade e duração. É a união informal

⁶⁶⁷DEBET, Anne. *L'influence de la convention européenne des droit de l'homme sur le droit civil*, cit., p. 648; TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. op. cit., p. 517.

⁶⁶⁸CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 85; HUBRECHT, Georges; VERMELLE, Georges. op. cit., p. 47.

⁶⁶⁹CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 105.

⁶⁷⁰Id. Ibid., p. p 102; BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit de la famille*, cit., p. 13.

que envolve um homem e uma mulher vivendo maritalmente. Anteriormente ao PACS, as uniões amorosas estáveis e duráveis, em que se encontrava presente a comunhão de vidas, porém formada por pessoas do mesmo sexo denominadas “unions d’amitiés homosexuelles” não apresentavam tutela legal na França, pois o Código Civil impunha a diversidade de sexos para o reconhecimento das relações familiares.

A jurisprudência dos Tribunais franceses negara, em diversas oportunidades, o reconhecimento do concubinato homossexual, seja no âmbito previdenciário (Soc.11.7.1989), seja reconhecendo a relação concubinária. Os benefícios previdenciários começaram a ser perquiridos pelos casais homossexuais a partir da promulgação da Lei de 27.1.1993, complementada pelo Decreto de 27.3.1993, que previa que toda pessoa que vivesse em caráter estável e permanente por mais de doze meses poderia se beneficiar desses direitos. Como a referida lei não fez menção explícita à diversidade de sexos, passou a reconhecer esse direito também aos homossexuais.

A comprovação da estabilidade e duração das relações concubinárias se faz mediante a expedição de um “certificat de concubinage” ou um simples “attestation sur l’honneur”.⁶⁷¹

A proteção da vida familiar encontra respaldo na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Numerosos dispositivos completados pela jurisprudência da Corte aplicam-se às questões familiares. O direito de formar uma vida em família funda-se no art.8 da referida Convenção.

Define-se vida familiar aquela advinda das relações conjugais ou concubinárias, desde que apresente caráter efetivo e duradouro, assim como as relações parentais. Apesar da evolução do pensamento, as relações formadas por um casal homossexual não foram legadas à proteção enquanto “vida familiar”, sendo-lhes auferida proteção patrimonial.⁶⁷²

As grandes mobilizações do movimento homossexual, nos idos dos anos 1970, logrou ao Presidente François Mitterrand o compromisso de acabar com a homofobia em solo nacional. Em 1981 manifestou-se a União Europeia, mediante recomendação votada em 8 de julho do corrente ano, sobre “a igualdade e o direito de defesa dos direitos humanos”, respeitando-se assim as preferências sexuais de cada um.

⁶⁷¹BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit de la famille*, cit., p. 13-15.

⁶⁷²DEBET, Anne. op. cit., p. 606.

Nos anos 1980, a disseminação da AIDS e a expansão dos relacionamentos homossexuais fez com que, em face das dificuldades enfrentadas para a administração da vida comum, fossem iniciadas militâncias em favor da elaboração de projetos de lei que proporcionassem o reconhecimento legal dessas relações. Assim, foram iniciados os primeiros esboços do que mais tarde surgiu como pacto civil de solidariedade.⁶⁷³

Na França, desde 1999 vigora o *pacte civil de solidarité*, conhecido como “pacs”, que tomou forma com o advento da Lei de 15.11.1999, que, sob o nome de pacto civil de solidariedade, conferiu organização da vida comum fora do casamento independentemente serem os casais homossexuais ou não. Conferiu aos seus adotantes um novo estado conjugal: pactualizado.

Como leciona Paulo Rodrigues Vieira, o momento de elaboração do pacs foi envolvido num grande debate sobre a questão da liberdade e da opção sexual, sendo o maior desafio dos seus incentivadores a demonstração de que ele não seria um elemento destruidor da família alçada no casamento, mas, sim, traria consignado um avanço das ciências jurídicas em matéria de direito à sexualidade, que busca a valorização da dignidade da pessoa humana.⁶⁷⁴

Entretanto, na esteira do pensamento de Dominique Fenouillet, a contratualização da família, mormente sob a égide do Pacs, apagou sensivelmente a força do matrimônio como formador da família, institucionalizando novas formas de comunhão.⁶⁷⁵

Inserido no Código Civil francês, art.515-1 a7, a natureza jurídica do pacto civil de solidariedade é, na realidade, um contrato civil de uma espécie nova: contrato próprio às pessoas físicas, firmado para organizar a vida em comum dos casais, independentemente da sua opção sexual, e que apresenta um íntimo acento social.

Trata-se portanto, de uma modalidade convencional de organização da vida comum fora do casamento entre duas pessoas, fruto do Decreto nº 99-1090 e nº 99-1091 de 21.12.1999, cuja necessária publicidade é conferida pelo registro do pacto em cartório, tal como dispõe o artigo 515-3 al.1 do Código Civil francês. Sua natureza interpõe-se entre o casamento e a união livre, faltando-lhe a substância do casamento e excedendo-se de formalidades não presentes na união livre.

⁶⁷³BORRILLO, Daniel. *Homosexuels quels droits?*, cit., p. 20-26.

⁶⁷⁴VIEIRA, Paulo Rodrigues. A questão da sexualidade no pacto civil de solidariedade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2004. p. 91-92.

⁶⁷⁵FENOUILLET, Dominique. *Couple hors mariage et contrat*, cit., p. 84.

Em se determinando a capacidade de se adotar o pacto civil de solidariedade, poder-se-ia falar de uma função social do mesmo, pois determina a gama de pessoas que poderiam ter sua convivência formalizada através deste: afastada a impossibilidade em face do sexo, recai o impedimento à pactualização sobre a capacidade dos agentes e a ausência de vício de consentimento. Respeitam-se para a formalização do pacto os mesmos impedimentos civis para contrair-se o matrimônio formal, dentre eles o incesto e a poligamia, sob pena de nulidade absoluta em face da moralidade pública.

Estão impedidos de formalizar o pacto: em linha direta, entre ascendentes e descendentes e afins; entre colaterais até o terceiro grau; qualquer pessoa que seja casada ou já esteja engajada em pacto civil de convivência anterior. Obedece o pacto ao princípio da moralidade pública, respeitando a monogamia. Demonstra-se como um ato jurídico e não uma união livre de fato, por isso sujeita-se a certas características formais, sendo oponível *erga omnes*.

O pacto só pode ser concluído entre duas pessoas maiores e capazes, que tenham, espontaneamente, livre de vícios de consentimento, decidido formalizar sua união. As partes têm o dever de mútua assistência, respondem solidariamente às dívidas contraídas em face das necessidades da vida comum, como alimentação, aluguel, entre outras. Quanto ao regime de bens, este, à luz do disposto no art 515-5 do Código Civil francês, seria o da comunhão parcial, permanecendo -se em propriedade de seu detentor originário os bens adquiridos antes da contratualização ou mesmo depois desta, se adquirido a título gratuito. Aos bens adquiridos na constância do pacto far-se-á a divisão igualitária de 50% para cada parte.

Em relação à obrigação alimentar, esta não é devida quando da ruptura do pacto. Como preconiza Gérard Cornu “o pacto não é um casamento, e o bom senso diz, por exemplo, que a ajuda material é esperada por cada um segundo a convenção previamente fixada em cada caso, de acordo com a faculdade de cada um”.⁶⁷⁶

O pacto civil adquire um acento social em todos os domínios exteriores ao Código Civil onde ele penetra. A solidariedade que a lei estende aos parceiros do pacto abrange: em matéria social – seguros doença e auxílio maternidade, além de pensão em caso de morte durante a vigência do pacto; em matéria locatícia – em caso do abandono do domicílio pelo locatário, seu parceiro como o cônjuge ou o concubino beneficia-se da

⁶⁷⁶CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 105-113; VIEIRA, Paulo Rodrigues. op. cit., p. 92-93.

continuidade do contrato de locação ou arrendamento, sendo-lhe este transferido em caso de morte do locatário inicial; em matéria fiscal – a existência de um pacto exerce uma influência sobre a situação fiscal dos parceiros, pelo menos quando este pacto adquirir uma certa estabilidade temporal. Assim, as partes são objeto de uma imposição comum, a contar da imposição de rendimentos a partir do terceiro ano do registro do seu pacto; no plano do direito do trabalho; na função pública; além dos benefícios conferidos a estrangeiros na vigência do pacto, equiparando-se aos benefícios dos cônjuges e dos concubinos.

No tocante à conclusão do pacto, este pode ter fim em qualquer momento da sua existência, bastando, para tanto, somente o caráter volitivo de ambas as partes ou de uma delas, a morte, o casamento – ruptura unilateral e a perda de capacidade.⁶⁷⁷

Por falta de convenção inicial, a liquidação e a partilha dos bens da constância do pacto são judiciais, à luz do art 832 do CC Francês.

O cartório onde foram formalizados inicialmente os termos do pacto civil de convivência será o mesmo onde serão averbadas quaisquer modificações realizadas na constância do pacto e também o seu termo de rescisão.⁶⁷⁸

Enquanto discreto quanto aos efeitos pessoais que gera, produz o Pacs importantes consequências em matéria patrimonial para as partes envolvidas. Num sentido de maior precisão técnica, do direito das obrigações, o pacto designa a modalidade de obrigação que torna os “pactantes” codevedores solidários de certas dívidas, solidariedade passiva nos termos do artigo 1200, V e artigo 514-4, al 2 do Código Civil francês.

Em 30.11.2004, foi remetida para apreciação uma proposição de Emenda ao PACS, principalmente no que tange ao regime de bens, sendo decidido, em 2006, pelo legislador, a aplicação ao Pacs dos regimes de bens análogos aos do casamento. Vigê, porém, o princípio da separação de bens no Pacs, por entender o legislador que este adapta-se melhor aos objetivos iniciais de liberdade pessoal e patrimonial que se estabelece nos pactos.⁶⁷⁹

Em caso de falecimento de uma das partes tem-se que o pacs não gera nenhum efeito em matéria sucessória, pois não são chamados a suceder aos bens do outro os pactantes *ab intestat*, uma vez que o pacs situa-se fora do direito de família. É imperativa a

⁶⁷⁷Retratam François Terré e Dominique Fenouillet que entre 1999 e 2004 foram elaborados 131.651 pacs dos quais 15.641 foram dissolvidos. In. TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. op. cit., p. 537.

⁶⁷⁸CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*, cit., p. 115-116.

⁶⁷⁹BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit des personnes et de la famille*, cit., p. 108-109.

realização de um testamento para que o outro seja assim beneficiado com o seu quinhão correspondente aos bens do falecido.⁶⁸⁰

Quanto aos efeitos pessoais conferidos pelo Pacs, este não cria elos de família ou de aliança particular. Não obriga a coabitação ou a fidelidade entre as partes. Também não produz nenhum efeito sobre o estado pessoal, em matéria de nome ou nacionalidade.⁶⁸¹

Entretanto, a ideia de solidariedade entre as partes está presente, assim como o respeito à ordem e à moralidade pública. Mais que um dever, como ensina Cornu, a vida em comum é um postulado, embora a lei tome por base a ocorrência de uma vida comum oficialmente declarada, pois será o pacto registrado em cartório, art 513-3 al 1 do Código Civil francês.⁶⁸²

Observamos com Hugues Fulchiron e Andréas Bucher que a natureza jurídica do Pacs encerra uma contradição interna, oriunda da vontade do legislador em deixá-lo adstrito ao universo contratual em detrimento do elo familiar que lhe sugere desde a sua origem, pois entendemos que este guarda uma intensa ligação com o direito de família uma vez que regula a vida comum de um casal, e não só na sua esfera patrimonial, como querem alguns, mas também na familiar, porque a lei impõe a observância de certos impedimentos – os mesmos do casamento – para sua efetivação, assim como impõe a monogamia, desencorajando a adesão pessoal a vários pactos registrados ao mesmo tempo (diferente da lei alemã, a francesa resolve automaticamente o primeiro Pacs quando da realização de um segundo).⁶⁸³

Não possui o PACS regulamentação sobre as regras de filiação ou de autoridade parental, nem confere aos seus contratantes o direito de adotar ou de recorrer à procriação medicalmente assistida.

A adoção conjunta entre pessoas do mesmo sexo não é autorizada pela lei francesa. Como requisito para a adoção está o casamento válido convolado pelo menos há dois anos.

Em caso de divórcio, o cônjuge que se descubra homossexual possui mais dificuldade de deter a guarda do menor, muito embora a legislação francesa seja contrária à discriminação em virtude de sexo ou orientação sexual dos cidadãos.

⁶⁸⁰FULCHIRON, Hugues. op. cit., p. 91.

⁶⁸¹Id. Ibid., p. 89; BORRILLO, Daniel. La protection juridique de la minorité gay et lesbienne dans l'union européenne et en France, cit., p. 77.

⁶⁸²CORNU, Gérard. *Droit civil*: la famille, cit., p. 115-116.

⁶⁸³BUCHER, Andréas. Le regard du législateur suisse sur le conflits de lois en matière de partenariat enregistré, cit., p. 137; FULCHIRON, Hugues. op. cit., p. 93.

Por outro lado é concedido ao homossexual solteiro, o direito de adotar plenamente. A adoção conjunta não é prevista em lei. O “pai/mãe social”, que participa efetivamente da formação do menor, não possui nenhuma existência jurídica. Em caso de separação ou morte de seu companheiro - “pai/mãe legal”, o menor não tem nenhuma garantia de conservar seu outro “genitor”, pois não são valorizados os direitos parentais.⁶⁸⁴

Tão pouco os casais homossexuais podem se beneficiar das técnicas de reprodução assistida, pois segundo as leis de bioética vigentes no país fica restrita a reprodução medicalmente assistida aos casais heterossexuais, casados há dois anos e em idade reprodutiva.⁶⁸⁵

O paradoxo da reprodução medicalmente assistida em território francês é tal que destina-se a apenas um modelo familiar, o que não corresponde à realidade social ou jurídica francesa, que reconhece diversas modalidades de família em seu quadro legal. Optou o legislador em retirar esse benefício dos casais homossexuais, os quais não se beneficiaram do direito de proteção à vida privada, no sentido do artigo 8 da Convenção Européa dos Direitos Humanos.

Assim se manifesta a Comissão Europeia dos Direitos Humanos, desde 1986, sobre o tema: “Não obstante a evolução das atitudes em face da homossexualidade, uma relação homossexual estável não se encontra inserida no campo de aplicação do direito ao respeito à vida familiar garantida pelo artigo 8 da Convenção (n. 11716/86 décision du 14.5.1986, DR 47, p. 274). Embasou esta jurisprudência, em 1992, uma decisão numa questão que foi concernente à procriação artificial homossexual (Requête 15/666/89 CJK; AMM et SMC.Pays –Bas, décision du 19.5.1992)”.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴ Cependant, dans les faits, le 2 juillet 2004, deux femmes ont obtenu l'autorité parentale conjointe de leurs trois filles. (Element d'autant plus marquant que leurs trois filles ont été conçues par insémination artificielle... qui est interdite pour les couples de femmes en France). A l'époque, le journal "Le Monde" écrivait: “cette breche juridique n'a pas encore fait jurisprudence, mais elle peut donner espoir à des milliers d'homosexuels”.

⁶⁸⁵ Conseil d'état – Les lois de bioéthique: cinq ans après – “Aux termes de l'article L.152-2 du Code de la santé publique...l'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, em âge de procréer, mariés ou em mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentant préalablement au transfert d'embryons ou à l'insemination”- La documentation française – Les études du Conseil d'Etat, 1999, p. 40.

⁶⁸⁶ MINTIER, Brigitte Feuillet. *L'embryon humain: approche multidisciplinaire*. Paris: Ed Economica, 1996. p. 227.

Representou, entretanto, o PACS, uma importante evolução de mentalidade sobre as questões relativas ao gênero, evidenciando o vazio jurídico a que estavam submetidas essas pessoas.⁶⁸⁷

As questões atinentes à adoção conjunta por homossexuais vêm ocupando o pensamento jurídico e das ciências na França. Os trabalhos de pesquisa de campo de Stéphane Nadaud concluem pela possibilidade da adoção homoparental, pois, como aduz, “a homoparentalidade não constitui em si um fator de risco para a criança, que apresenta um desenvolvimento psicológico dentro dos padrões de normalidade”.⁶⁸⁸

Prelecionam Flora Leroy-Forgeot e Caroline Mécary que embora o advento do Pacs seja considerado um avanço legislativo, deixou descoberto o reconhecimento da homoparentalidade, embora se saiba que esta é uma realidade efetiva, que não pode ser negada, pois dados estatísticos apontam que 50% dos homossexuais vivem em casal, 10% têm prole e 40% experimentam o desejo de tê-la.

Os avanços legais advindos do direito europeu decorrentes das diretivas da Convenção Europeia da Salvaguarda dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, bem como a jurisprudência das Cortes Europeias, apontam, com amparo nas deliberações de outras ciências sociais, para a dificuldade da situação vivida pelos homossexuais e transgêneros em matéria de filiação, donde se abstrai que o reconhecimento da homoparentalidade representa um prolongamento natural da aquisição de direitos pelos casais homossexuais, tendo em vista a igualdade destes em face do casal heterossexual.

A oposição da homoparentalidade constitui um prolongamento da história jurídica da própria homossexualidade, bem como do *status* que goza o homossexual na sociedade. O conceito desloca-se para o âmbito da relação do homossexual e o Estado, tendo em vista o grau de reconhecimento que este outorga àquele.⁶⁸⁹

Conclui Flora Leroy-Forgeot que em nada obstará ao homossexual, enquanto tal, valer-se do direito de adoção.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷Fonte: LESBIENNE Gay Bi Trans Hétéro. Disponível em: <www.lgbth.com.fr>; SÉNAT. Étude de Législation Comparée, n. 134, Juin. 2004. *Le mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc1342.html>.

⁶⁸⁸NADAUD, Stéphane. op. cit., p. 130.

⁶⁸⁹FORGEOT, Flora Leroy; MÉCARI, Caroline. *Le couple homosexuel et le droit*. Paris: Archer, 1999. p. 35-50.

⁶⁹⁰FORGEOT, Flora Leroy. *Le couple homosexuel et le droit*. Fiche de lecture Les enfants du PACS. Disponível em: <http://sciencespo2005.free.fr/droit/flora_leroyforgeot.php>.

No mesmo sentido é o pensamento de Danielle Julien, Olivier Vercho e Émilie Jodoin, que após minucioso estudo sobre a estrutura familiar homoafetiva, abordando as relações familiares, o tratamento destinado à prole, a divisão de tarefas no lar, as horas destinadas ao exercício profissional, chegaram à conclusão que todas essas atividades inerentes ao dia a dia das famílias em nada se diferia em nível de resultado prático –efeitos sobre a prole–, segundo a orientação sexual dos pais, ou mesmo da presença ou ausência de vínculos biológicos com a criança.

Lembram, ainda, que a presença de um dos pais com orientação homossexual sempre permeou as relações familiares. Tornou-se comum desde meados do século XX que o cônjuge que apresentasse orientação homossexual, após o divórcio, reconstruísse sua vida familiar assumindo essa sua tendência. Da mesma forma que nos últimos vinte anos o mundo ocidental viu nascer uma estrutura familiar nova sob a forma de família homoparental: seja na forma de família reconstituída homossexual, seja na forma de família monoparental homossexual, seja na forma de biparentalidade homossexual.

Desta forma, concluem, que além do reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo, os debates sobre a possibilidade de previsão legal da homoparentalidade envolvendo casamento, união estável, adoção ou inseminação artificial aliado à políticas sociais favoráveis, continuarão presentes na base das aspirações políticas.⁶⁹¹

Ao lado da discussão da homoparentalidade, onde se questiona o direito à adoção ou o acesso às técnicas de reprodução assistida por homossexuais, tem-se, também, em sentido inverso, a discussão sobre o posterior restabelecimento da filiação (e do poder parental), quando do parto anônimo, tal como dispõem os artigos 316 e 325 do Código Civil francês, ficando a criança entregue à guarda do Estado para futura adoção e, a mãe, isenta de elo parental, tendo sua identidade preservada por lei.

A possibilidade de acesso ao casamento civil em diversos países da comunidade internacional, reacendeu a discussão, embasada na igualdade de direitos, de se ter acesso ao casamento independente do sexo, em solo francês, projeto largamente defendido pelo partido socialista francês, além de um outro projeto, de 30.11.2004, de reforma da lei de 15.11.1999 que instituiu o Pacs, pois viu-se que este, em face das ofensivas legislativas

⁶⁹¹ JULIEN, Danielle; VECHO, Olivier; JODOIN, Émilie. Conjugalité homosexuelle et homoparentalité. In: DUPUY, Geneviève Bergonnier; ROBIN, Dominique (Dir.). *Couple conjugal, couple parental: vers des nouveaux modèles*. Paris: Éditions Érès, 2007. p. 193, 203.

mais favoráveis à família homossexual passou a ficar defasado quanto ao estabelecimento de diversos direitos à população.⁶⁹²

No que tange à constituição da família, em virtude dos estados intersexuais, reconhece a doutrina francesa a síndrome do transexualismo, classificada como uma anomalia psíquica, que revolucionou as bases do direito pessoal e de família, pois altera o estado civil do indivíduo, a definição do casamento e do sexo.

Inicialmente não era reconhecida em solo francês a mudança de sexo e nem a consequente alteração de prenome e estado civil do requerente, tal como ilustram as diversas decisões das Cortes Superiores (Arrêts de la Première Chambre civile de la Cour de Cassation de 21.5.1990), pois prevalecia o princípio da indisponibilidade de estado.⁶⁹³

Assim, uma decisão que envolveu a condenação da França pela corte Europeia dos Direitos Humanos: arrêt B. c. França de 25.3.1992, fez-se instituir a intervenção no domínio legislativo das decisões emenadas da referida Corte, pois entendeu-se que a negativa do reconhecimento da alteração do sexo do demandante violaria o artigo 8º da Convenção. Desta forma, o estado civil da pessoa individual, encontra-se inserido nos direitos humanos, advindo das questões atinentes ao transexualismo às primeiras manifestações de intervenção dos direitos humanos na esfera do direito civil no país.⁶⁹⁴

Passou-se, então, a admitir-se a conversão sexual aos portadores da síndrome de transexualismo, devidamente diagnosticada, em virtude do respeito devido à vida privada, preconizando-se, então, que “o estado civil indicará o sexo da aparência do cidadão”; o princípio de indisponibilidade do estado pessoal não representa um óbice legal à realização da cirurgia de transgenitalização.⁶⁹⁵

Como aduz Gérard Cornu, a alteração real do sexo dar-se-à na ocorrência conjunta de quatro fatores: o diagnóstico da síndrome transexual; a realização do tratamento médico-cirúrgico para fins terapêuticos; a aquisição de nova aparência e o comportamento social correspondente.⁶⁹⁶

⁶⁹²BORRILLO, Daniel. *Homosexuels quels droits?*, cit., p. 29; RÉUSSIR Ensemble le Changement. Le Projet Socialiste pour la France. Disponível em: <<http://projet.parti-socialiste.fr/tag/le-texte-du-projet/>>. TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. op. cit., p. 537-538.

⁶⁹³CORNU, Gerard. *Droit civil: les personnes*, cit., p. 102-104.

⁶⁹⁴Arrêt B. c. France, 25.3.1992, série A, n. 232 – C; JCP 1992, II. 21955 – DEBET, Anne. op. cit., p. 301.

⁶⁹⁵TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. op. cit., p. 151.

⁶⁹⁶CORNU, Gerard. *Droit civil: les personnes*, cit., p. 104.

Tem-se admitido em solo francês o casamento válido de transexuais redesignados, com consequente alteração do estado civil – à luz do artigo 55 do Código Civil -, e subsequente alteração registral, embora alguns autores contraponham-se a esse feito, mesmo com a alteração de assento registral do indivíduo, podendo o casamento ser anulado por erro essencial no caso de dissimulação da transexualidade antes das justas núpcias.

O casamento convolado com transexual pode, entretanto, ser anulável, em virtude de erro essencial, em face do desconhecimento prévio do outro consorte do acometimento de síndrome transexual. Será também considerada causa de ruptura da sociedade conjugal a realização de cirurgia redesignatória de um dos cônjuges impondo ao outro uma vida conjugal intolerável.

Entendem François Terré e Dominique Fenouillet que desaparece na questão em tela uma das condições do casamento: a eficácia.⁶⁹⁷

No que tange às relações parentais, a redesignação sexual do transexual não afeta a filiação, somente o equilíbrio afetivo fica afetado, pois, como prática dominante, os juízes franceses inclinam-se a suprimir, depois do divórcio, o direito de visita e permanência com os pais transexuais.⁶⁹⁸

Nada obsta, em solo francês, a formação da família por indivíduos portadores de intersexualidade que tiveram seu *status* sexual e prenome redesignados pós cirurgia.

4.2. Direito Alemão

Na óptica do direito alemão existe a separação completa entre os aspectos civis e religiosos da formação da família, laicização do Estado. Assim, conforme dispõe o art 6º GG, a sociedade conjugal e a família encontram-se sob a proteção do Estado. O art 6º é o dispositivo constitucional central para o âmbito do direito de família. A união conjugal é a base da vida familiar, da manutenção e do crescimento da nação, que pode ser dissolvido pelo divórcio, bastando para tanto a comprovação do fracasso do matrimônio.

⁶⁹⁷Décision – CEDH de 11.7.2002, D.2002. IR2305. CORNU, Gerard. *Droit civil: les personnes*, cit., p. 106; SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, cit., p. 229-236; TERRÉ, François; FENOUILLET, Dominique. op. cit., p. 152.

⁶⁹⁸LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 313.

É também prevista a vida conjunta fora do casamento, que não goza de melhor posição legal que a união casamentária. O estabelecimento de união estável é menos frequente em solo alemão devido à facilidade de se obter o divórcio. No caso de término da união aplicam-se as regras do direito obrigacional.⁶⁹⁹

Quanto à família formada por somente um dos genitores, o direito alemão reconhece a guarda parental individual ou conjunta para os casais não casados, tendo sempre em vista o melhor interesse do menor (§ 1626, a al.1, nº 1 BGB e § 1626, a al.2 BGB).

A base para a formação familiar é, em primeiro lugar, o casamento, ato de autonomia privada, fruto da liberdade e responsabilidade dos nubentes, podendo casar-se o homem e a mulher a partir dos dezoito anos de idade – antes disso é necessária a autorização do juízo de família – § 1310 do BGB.⁷⁰⁰

Entre os países europeus que regulamentaram as uniões homoafetivas, a Alemanha fincou-se em uma situação intermediária, pois de um lado a lei relativa à supressão da discriminação das uniões homossexuais – Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften, LPartDisBG – limita-se ao âmbito das relações entre pessoas do mesmo sexo e, de outro lado, não prevê o casamento para o casal homossexual. Estabelece, outrossim, o partenariats como uma nova instituição de direito de família *sui generis*, para inserir os casais formados por pessoas do mesmo sexo.⁷⁰¹

Através da lei da união estável homossexual (Lebenspartnerschaftsgesetz), foi criado para parceiros do mesmo sexo um instituto jurídico adequado ao casamento – a união estável homossexual. Esta lei passou a vigorar em 1.8.2001.⁷⁰²

Não é previsto na lei alemã o casamento homossexual, por oposição do Bundesrat. O artigo 6 da Lei fundamental, que enuncia que o casamento e a família recebem especial proteção do Estado, é considerado como um obstáculo à introdução do casamento

⁶⁹⁹ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 117.

⁷⁰⁰SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família BGB – Familienrecht*, cit., p. 27-32 e 58.

⁷⁰¹GESSAPHE, Karl August von Sachsen. Le partenariats enregistré en droit international privé allemande. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, cit., p. 9.

⁷⁰²Como no modelo do pacs francês, aduz Karl August Gessaphe que “o voto da lei alemã enfrentou inúmeras dificuldades, passando por veementes críticas doutrinárias, inflamados debates parlamentares a respeito de sua constitucionalidade, além da forte oposição da oposição democrática cristã, embora a maioria do Bundesrat seja formada por partidos de democracia social e ecologistas”. GESSAPHE, Karl August von Sachsen. op. cit., p. 9.

homossexual. Tal como leciona Harriet Christiane Zitscher, é considerado inexistente o casamento em que faltem os seguintes pressupostos: a falta de dualidade de sexos, de consentimento e de autoridade celebrante competente.⁷⁰³

Em parte, como aduz Wilfried Schlüter, as uniões homossexuais são juridicamente equiparadas à união conjugal, de forma que o registro provoca os mesmos efeitos para o parceiro homossexual que a celebração do casamento, como nos encontrados na Holanda e nos países escandinavos; em parte são regulados alguns âmbitos de questões relevantes para as uniões extra-conjugais e evitada a equiparação jurídica com a união conjugal, como na França.

Procurou-se evitar discriminações em razão da orientação sexual visando o incentivo da igualdade de tratamento entre todos. O projeto da união estável homossexual registrada previa a introdução de um novo instituto jurídico que equipararia a união homossexual à união conjugal – ehe- aproximando-lhes inclusive os efeitos jurídicos (no sentido de aplicar certas normas de direito conjugal analogamente à união entre pessoas do mesmo sexo).

Assim sendo, na Alemanha a união estável homossexual tem um caráter institucional, pois confere a proteção especial do casamento e da família determinada no artigo 6 al 1 GG⁷⁰⁴.

Regula a lei sobre o partenariat a constituição, os efeitos e a dissolução deste, adaptando suas disposições ao Código Civil e ao de Processo Civil, além de outras leis federais. A competência para dirimir as questões à parceria civil é a vara de família, como ocorre nos litígios matrimoniais.⁷⁰⁵

A forma prevista para a instituição da união estável homossexual corresponde, quanto à forma de sua celebração, ao casamento (§§ 1310 f BGB, nm 22 e seguintes), onde existe a declaração do desejo de se constituir uma união estável, homossexual, por toda a vida.

São requisitos para sua celebração: a identidade de sexos, capacidade civil, não *ser casada(o)* com outra pessoa, nem já viver numa união estável homossexual, demonstrar

⁷⁰³Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée, n. 134, Juin. 2004. *Le mariage homosexuel en Allemagne*. Disponível em: <<http://www.senat.fr/lc/lc134/lc1341.html>>; ZITSCHER, Harriet Christiane. op. cit., p. 113.

⁷⁰⁴SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família BGB – Familienrecht*, cit., p. 488.

⁷⁰⁵GESSAPHE, Karl August von Sachsen. op. cit., p. 12.

expressamente o desejo de viver vitaliciamente em união estável homossexual; observam-se os mesmos tipos de impedimentos atinentes ao casamento.⁷⁰⁶

Ao organizar sua vida conjunta passam os parceiros a ter responsabilidades solidárias de vida, §2 frase 2 Lpart G e §1353 BGB; podem ainda adotar um nome de família comum ;têm deveres alimentares recíprocos, embora diferenciadamente se subsistir a união estável - §5 LpartG-,se vivem separados - §12 Lpart G- ou se a união foi revogada através de sentença - §16 Lpart G. No primeiro caso, o parceiro responsável pela economia doméstica deve arcar com a prestação; no segundo, prescinde-se de alimentos em caráter preventivo, devendo de imediato, o parceiro que não exercia atividade remunerada procurar obtê-la; no terceiro caso, como não se conhece um regime de bens legal, válido para esses parceiros,devem estes regular suas relações patrimoniais no momento da constituição da sua união estável;têm direito à visitação da prole do companheiro § 9 al 1 LpartG.Está aqui também presente o binômio necessidade de um X possibilidade do outro.⁷⁰⁷

A união estável homossexual é revogada a pedido de um ou de ambos os parceiros através de sentença judicial constitutiva – Gestalturteil § 15 al 1 PartG,correspondendo amplamente ao divórcio §§ 1564 ff BGB,decidida no juízo de família, deste diferindo-se pela desnecessária motivação do pedido §15 al 2 LpartG.

Apresenta como pontos em comum com o casamento a comunhão de vida, a mútua assistência que persiste mesmo após a separação, a possibilidade de adoção de um nome comum de família, a criação de elos de parentesco entre os membros da família de seu par, a previsão legal de divórcio mediante decisão judicial, criação de regime matrimonial em muito semelhante ao do casamento, concessão de nacionalidade e direito sucessórios.

Como pontos divergentes do casamento, pode-se apontar que a parceria civil registrada apresenta algumas limitações em relação ao casamento, em face de matéria social e fiscal e, sobretudo, em matéria de filiação e adoção, e nem impõe às partes a obrigação de viver junto.

⁷⁰⁶ GESSAPHE, Karl August von Sachsen. op. cit., p. 12.

⁷⁰⁷ Uma questão envolvendo a possibilidade de permanecer no domicílio conjugal envolveu o caso Rööli c/ Alemanha em 15.5.1996. A questão envolvia precipuamente o direito ao respeito ao domicílio e não o direito de respeito à vida privada. Necessária se fazia a proteção dos direitos contratuais do proprietário de retomar seu bem, finda a locação. “A diferença de tratamento entre as composições familiares em matéria de locação quando do falecimento do locatário, referem-se à proteção da família”. – DEBET, Anne. op. cit., p. 678.

A parceria civil registrada não garante o direito à adoção conjunta, somente o casamento o faz, nem o direito de o parceiro adotar o filho do outro, pois a lei relativa à união entre pessoas do mesmo sexo não contém nenhum dispositivo nesse sentido. Se a adoção do filho de seu par for oficializada, aquele perderá o poder parental sobre o menor.

A lei de 16.02.01 não prevê para os conviventes o compartilhamento da autoridade parental, mas, por outro lado, introduziu uma forma específica e limitada de autoridade parental em benefício do outro par que não seja o representante legal do menor dispondo que « quando um dos parceiros exercer autoridade parental sobre um menor, o outro estará associado às decisões relativas à sua vida cotidiana ». Esse direito assegura a representação legal do menor. Em caso de morte do representante legal o parceiro sobrevivente poderá ser declarado tutor dos menores em questão.⁷⁰⁸

A lei alemã não cria uma equivalência entre a parceria civil e o casamento, mas lhe outorga muitas das consequências jurídicas deste: cria um elo familiar, possibilita a adoção de um nome comum para o casal e garante direitos sucessórios. Por outro lado, apresenta-se sem efeito em matéria de filiação e adoção, uma vez que não permite a adoção conjunta por homossexuais. Entretanto, quando há prole, embora a autoridade parental pertença apenas ao seu representante legal, o outro parceiro é investido de uma « pequena autoridade parental », como dispõe o § 9 LpartG, que consiste em um poder de administração comum da vida familiar, tendo em vista o bem-estar do menor.⁷⁰⁹

Desta sorte, muito embora com algumas limitações formais em relação ao casamento heterossexual, como a impossibilidade de adoção, a Lei de união estável, outorgou-lhes proteção jurídica.⁷¹⁰

Cresce no continente europeu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois, como retrata Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro « os homossexuais não estão mais se contentando com cerimônias simbólicas que dão solenidade à sua relação, nem com benefícios patrimoniais de uma união de fato: eles querem estar submetidos aos deveres pessoais dos cônjuges ».

⁷⁰⁸Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée. *Mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>.

⁷⁰⁹GESSAPHE, Karl August von Sachsen. op. cit., p. 13.

⁷¹⁰WIRTSCHAFT-IM-ZENTRUM - DER Blog der Wirtschaft von Linz-Mitte. Disponível em: <<http://wirtschaft-im-zentrum.at/2008/06/18/lebenspartnerschaftsgesetz-gedanken-zum-vorliegenden-entwurf>>.

Foi apresentado no país em 25.10.1995, um Projeto de lei visando a instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sem modificar a principal norma sobre os efeitos do casamento até então em vigor (o § 1353 I 2, que vincula os cônjuges reciprocamente à obrigação de comunhão conjugal de vida). No entanto foi aprovada uma lei que prevê um instituto análogo ao do casamento: Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft em 16.1.2001. Outorga a presente lei uma comunhão de responsabilidades entre os partícipes, vinculando reciprocamente seus membros aos deveres de auxílio, assistência e desenvolvimento em comum da vida.⁷¹¹

Foi apresentado pelo governo alemão um outro projeto substituto para o partenariat em vigor :o Projeto de 29.6.2004, BT – Drucks 15/3445, visando adequar o partenariat ao instituto do casamento, sobretudo no que tange ao estabelecimento do regime de bens, às obrigações alimentares e à sua dissolução. Visa ainda introduzir o direito de adoção do filho do parceiro e, ainda, preenchendo a lacuna legislativa vigente, introduzir o partenariat como impedimento para a realização de casamento posterior.⁷¹²

Em relação à família formada nos estados intersexuais, admite a legislação pátria a cirurgia redesignatória, quando indicada por laudo médico e tenha por objetivo curar transtorno sexual, adequando o transexual redesignado para os atos da vida civil, baseado inicialmente nos ditames da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e posteriormente pela lei de 10.9.1980 que regulou a matéria.⁷¹³

Após intensa evolução jurisprudencial, admitiu-se em solo alemão a realização da cirurgia ablatória e a consequente redesignação do *status* sexual e do assento registral do operado. Requer, outrossim, que o paciente possua 25 anos de idade, seja informado dos riscos da cirurgia e ofereça consentimento livre e informado sob o procedimento.

Em matéria de casamento, entende a doutrina e a jurisprudência alemã que o transexual operado na constância do casamento, sem o consentimento do seu cônjuge, conduziria o matrimônio à anulabilidade por erro essencial.⁷¹⁴

No que tange à filiação, a lei alemã de 10 de setembro de 1980 mantém inalteradas as relações paterno-filiais anteriores à redesignação sexual (BGB § 5.1).⁷¹⁵

⁷¹¹PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 26.

⁷¹²GESSAPHE, Karl August von Sachsen. op. cit., p. 28.

⁷¹³DEBET, Anne. op. cit., p. 329.

⁷¹⁴SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 217-223.

⁷¹⁵LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 312.

Em 10.9.1980 foi promulgada a lei alemã sobre transexualismo que dispõe sobre a modificação do prenome e a determinação de sexo – das *Transsexuellgesetz*». Guarda esta, duas peculiaridades: a possibilidade da alteração registral sem a efetivação da cirurgia redesignatória – nem a alteração do sexo do indivíduo-, denominada **Kleinelösung**, desde que observados alguns requisitos como idade mínima de 25 anos, viver como pessoa do sexo oposto e residência no país há pelo menos três anos e a **Grosselösung** que traz consignada a alteração registral pós-cirúrgica como também a alteração do status sexual do operado, mediante sentença judicial, devendo para este procedimento observar as seguintes condições: não ser casado, ter mais de 25 anos de idade e ser incapaz de procriar.

Uma vez cumpridas todas as formalidades, pode o transexual operado casar com pessoa de sexo oposto ao seu sexo adquirido.

A pequena solução – *kleinelösung*- não incide diretamente sobre matéria matrimonial em virtude de não alterar o estado do transexual, estando esta impedido de casar com pessoa de sexo oposto ao seu sexo psíquico.⁷¹⁶

4.3. Direito Italiano

Na lição de Alberto Trabucchi, a família pode ser entendida como «o primeiro grupo social que o homem estabeleceu, ainda antes do direito, decorrente do sentimento dos indivíduos que a compõem, é ainda o vínculo natural que forma a base da vida individual e coletiva... em cujo contexto há a intervenção do Estado, impondo uma higidez para a constituição da mesma, de onde advém a imposição de direitos e deveres recíprocos.»

O casamento, principal fonte formadora da família, pode ser observado sob dois aspectos: como ato constitutivo da família e como relação durável entre os cônjuges.⁷¹⁷

Para Mario Bessone, é « uma instituição natural, representada por um grupo social universal que realiza a função afetiva e protetiva dos seus membros, além de garantir a reprodução e a consequente sobrevivência da humanidade, sendo seus entes ligados pelos elos do parentesco, da conjugalidade ou da adoção». Tem por função social a relação

⁷¹⁶SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 223-225.

⁷¹⁷TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 7. ed. riv. Padova: Cedam, 1953. p. 215-216.

afetiva dos seus membros, proporcionando o pleno desenvolvimento da sua personalidade e amplo sentido de socialização dos mesmos.

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 29, como família legítima, aquela fundada no casamento e a família de fato, advinda da convivência *more uxorio*, formada pela convivência contínua e duradoura entre o homem e a mulher, como prevê também o artigo 31 do mesmo Diploma Legal.⁷¹⁸

Assim, pode-se entender que a existência de uma tutela constitucional em face da família matrimonial, não pode servir de obstáculo para o reconhecimento legal de outras modalidades de família, que, embora não fundadas no matrimônio, visam sua tutela legal, pois carrega a entidade familiar intensa carga emocional, de afetividade e solidariedade.

Em relação à família de fato, tal como prelecionam Carolina Grecco e Claudia Valle, esta não vem tutelada pelo ordenamento jurídico, mas se a entendermos também como família no senso técnico jurídico, por analogia devem a ela ser aplicadas as normas atinentes à família legítima – a jurisprudência italiana tem equiparado os efeitos da família legítima à família de fato.⁷¹⁹

Completa essa concepção o pensamento de Francesco Prosperi, para quem, mesmo sem expressa regulamentação da família de fato, está pacificado o entendimento sobre a necessidade de garantir à prole natural a mesma tutela legal reservada aos filhos legítimos (art.261 CC), no que tange aos efeitos pessoais, patrimoniais e sucessórios.⁷²⁰

Aduz Massimo Bianca que « a família é um fenômeno complexo que não exprime toda a sua realidade pela regra jurídica, sua definição como sociedade natural evidencia a realidade de um fenômeno que se determina segundo matizes humanas e sociais largamente estranhas ao direito».

Enquanto base da sociedade e *locus* protetor e desenvolvimentista por natureza, pode-se entender o direito à família como um direito fundamental do ser humano, sendo esta ainda portadora de um caráter de mutação historicamente condicionado, tendo em vista a forte influência do costume.

⁷¹⁸ BESSONE, Mario. *Istituzioni di diritto privato*. 8. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 163-165.

⁷¹⁹ GRECO, Carolina; VALLE, Claudia. *Elementi di diritto civile*. 3. ed. Roma: Edizioni Ciesse, 2002. p. 247.

⁷²⁰ PROSPERI, Francesco. *La famiglia non fondata sul matrimonio*. Edizioni scientifiche italiane. Pubblicazioni della Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino. Napoli: ESI, 1980. p. 14.

Apresenta o homem, na visão de Massimo Bianca, não apenas um instinto sexual a aplinar-se, mas principalmente um desejo intrínseco de realizar-se no contexto familiar, tendo em vista as características de liberdade e solidariedade que esta apresenta, ressaltando-se, sobretudo, a escolha do seu parceiro, a forma de constituição da estrutura familiar visando o desenvolvimento da personalidade do homem, bem como o respeito à sua dignidade.⁷²¹

É amplamente sabido que a família está vivendo um momento particular de sua história, uma vez que vem se alterando em face dos reclames sociais a estrutura tradicional do instituto, que obedecendo às necessidades da coletividade, vem, no modelo italiano, buscar a possibilidade de dilatar seus conceitos, regulando as uniões livres.⁷²²

Entretanto, mesmo tendo em vista a evolução dos costumes, a busca da internacionalização dos direitos humanos, o respeito aos princípios de liberdade, igualdade, privacidade, previsto na Carta Constitucional e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não existe na Itália previsão legal para as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Tão pouco pode-se cogitar a adoção entre homossexuais. De acordo com a lei italiana somente os casais casados podem adotar; desta forma, não goza o solteiro, independentemente de sua orientação sexual do benefício da adoção ou mesmo à procriação medicalmente assistida, de acordo com a Lei de 18.06.02, que dispõe sobre a fecundação artificial.⁷²³

Para Gian Mario Felicetti, “não obstante o artigo 29 da Constituição Federal preveja a diversidade sexual para o matrimônio, uma forma nova de abertura legal para o casamento homossexual é a aplicação do artigo 9º da Carta de Direitos Humanos da União Europeia”, entendendo, ainda, na pós-modernidade, a extrema necessidade do reconhecimento da união conjugal homossexual, que se encontra privado na atualidade de qualquer proteção personalíssima ou patrimonial, em face de sua eleição afetiva e sua consequente discriminação em virtude de orientação sexual.⁷²⁴

Na Cidade do Vaticano, a homossexualidade é legalizada, apesar de ser um assunto tratado de forma parcialmente intolerante: os documentos normativos da Igreja Católica

⁷²¹BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia*, cit., v. 2, p. 6-7, 14-15.

⁷²²PROSPERI, Francesco. op. cit., p. 12.

⁷²³Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée. *Mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>.

⁷²⁴FELICETTI, Gian Mario. *Discriminazioni legalizzate: i matrimoni omosessuali*. p. 2. Disponível: <http://senzanome.leonardo.it/blog/discriminazioni_legalizzate_i_matrimoni_omosessuali-2htm>.

não condenam as pessoas pela homossexualidade em si, mas sim as relações homoafetivas, defendendo para tal uma tolerância piedosa, beirando o conceito de doença.

No entanto, a união civil entre pessoas do mesmo sexo tem amparo legal em algumas regiões definidas: Toscana, Úmbria e Emilia Romana.

Tal como preleciona Donato Carusi, a evolução do direito de família, no sentido de atenuar as desigualdades, é reflexo do fenômeno social, que alterando os paradigmas familistas em face dos costumes possibilitou um alargamento de seu conceito, abdicando uma série de funções anteriormente predestinadas.⁷²⁵

Quanto à família formada nos estados intersexuais, a Lei 164 de 14.4.1982 – Lei de retificação de sexo-, regula a conversão curativa do sexo, para casos de transexualismo e intersexualismo, embasada no direito à diferença e identidade pessoal, tendo em vista a tutela constitucional da pessoa humana, e no livre desenvolvimento de sua personalidade. Atribui ao paciente o direito à redesignação sexual, a alteração de estado civil e de assento registral, completando, assim, as etapas do tratamento designado para os casos de disforia e gênero.⁷²⁶

No que tange ao direito do transexual de realizar cirurgia de redesignação, o art. 32 da Constituição italiana garante a tutela da saúde – e esta deve ser entendida num sentido amplo: saúde psíquica e clínica.

Aduz Elimar Szaniawski que inicialmente, os tribunais italianos consideravam somente o sexo biológico para a determinação do estado sexual do indivíduo. Negava-se, assim, a alteração do assento registral do paciente, em virtude da crença da inalterabilidade do *status* sexual.

A doutrina vinha entendendo pela relevância do direito à saúde, aqui entendida como saúde psíquica, saúde sexual, definindo o direito à identidade sexual como direito inviolável do homem, à luz do artigo 2º da Constituição Federal italiana.

Assim, face à interpretação constitucional, direitos atinentes à reinserção do transexual começaram a ser concedidos, embora não pacificamente.⁷²⁷

⁷²⁵CARUSI, Donato. *Principio di uguaglianza, diritto singolare e privilegio*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998. v. 2, p. 14.

⁷²⁶SICA, Amália. *Il sesso nella norma*. Disponível em: <<http://www.latofa.com/pdf/4.pdf>>.

⁷²⁷SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 236-240 – Decisão nesse sentido encontra-se oriunda do Tribunal de Foggia, decisão de 25.5.1965; do Tribunal de Gênova ac. De 16.7.1968. Já o Tribunal de Lucca, ac.17.4.1972 e o Tribunal de Roma, ac.13.2.1975, privilegiavam o sexo como uma realidade psicossomática.

Dispõe Raffaella Lanzielo que, antes da entrada em vigor da referida lei, a jurisprudência já vinha se consolidando no sentido de permitir a retificação do sexo e a consequente adequação do nome do transexual.

A lei introduziu entretanto, uma garantia individual, ausente de interferência externa, para os casos diagnosticados de transexualismo e intersexualidade.

O artigo 1º da referida lei inova no tocante à imutabilidade da atribuição do sexo, privilegiando a redesignação sexual e a retificação de assento registral.

Em seu artigo 2º a referida lei determina, a obrigação de notificar ao cônjuge e aos filhos da demanda de redesignação sexual, mas nada especifica quanto ao direito destes de se oporem à tal prática.

Não impõe a referida lei que o indivíduo que submeter-se à cirurgia curativa seja solteiro, divorciado ou viúvo, pois permite que o transexual casado seja a ela submetido. A sentença de redesignação, por outro lado, dissolve automaticamente o vínculo conjugal.

A mesma lei, em seu artigo 5º, dispõe que nos casos de redesignação sexual deve ser feita adequação registral competente, devendo a nova certidão exarada conter somente a indicação do novo sexo e o novo nome. Com essa deliberação pretende o legislador apagar o passado do transexual, pois caso contrário seus inconvenientes não cessariam mesmo com a intervenção cirúrgica.⁷²⁸

Deve-se com proficiência considerar que a alteração de sexo altera frontalmente o direito/dever de procriação, uma vez que impede o indivíduo de procriar. Desta forma, pode-se entender que o transexual ao solicitar sua intervenção curativa está ao mesmo tempo renunciando ao direito fundamental à reprodução. Isso afrontaria, como preleciona Carlos Fernandez Sessarego, ao interesse primeiro da sociedade que é a da preservação da espécie. Confrontam-se, nesse caso, o interesse privado e o público, o direito e o dever, por último, como concluem muitas pesquisas na área, as alterações de sexo acarretam inúmeros distúrbios psicológicos àqueles que as realizam.⁷²⁹

A lei italiana de 14 de abril de 1982, embora silente sobre as questões de filiação envolvendo os transexuais, dispõe em seu artigo 4 que a sentença de retificação não tem

⁷²⁸ LANZIELO, Raffaella. *Transessualismo e la legge: transessualità e identità sessuale e ruolo sociale*. p. 38-40. Disponível em: <http://www.cpdonna.it/cpd/files/convegno_transessualismo.pdf>.

⁷²⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de la identidad personal*, cit., p. 356-357; FRIGNET, Henry. *O transexualismo*, cit., p. 121.

efeito retroativo, dando a entender, como preleciona Galiacho-Perona que as relações paterno filiais anteriores permanecem inalteradas.⁷³⁰

Não trata a referida lei entretanto, de questões atinentes à adoção e ao acesso às técnicas de reprodução assistida, uma vez que, como se sabe, o transexual abdicou do direito reprodutivo.

Visa a sua equiparação jurídica com os demais membros da coletividade, uma vez que a redesignação faria cessar um grande sofrimento psíquico oriundo da não aceitação de seu gênero. Envolve ainda questões de manifestações da natureza intrínseca do indivíduo e do uso de sua racionalidade, uma vez que delega ao transexual o exercício de uma liberalidade; de aceitação e enfrentamento da diversidade em sua ampla manifestação.

Aduz Patti Salvatore que, mesmo em se preservando a intimidade do transexual, terceiro de boa fé tem o direito de informação da real situação- de transexual- de seu nubente, principalmente no que tange à impossibilidade procriativa, e em caso de desconhecimento poderá se valer dos remédios do Código Civil italiano e solicitar a anulação do casamento com base em erro essencial sobre a pessoa, previsto no artigo 122.⁷³¹

4.4. Direito Espanhol

Entendem Luis Diez-Picazo e Antonio Gullón, que a família como instituição representa um grupo social por excelência, regulada em toda a sua plenitude pelo direito.

Conheceu uma radical evolução em sua formação, pertencendo a sua constituição ao plano da intimidade do indivíduo. Muitas são as faces que a família alberga na atualidade, tendo em vista a pluralidade de valores construídos com o passar dos tempos.⁷³²

Ao lado da família matrimonial – extensiva também aos casais homossexuais – ,encontram-se as uniões de fato – parejas de hecho -,formadas por pessoas de mesmo sexo ou de sexo diferente, que se caracterizam pela convivência estável *more uxório* de pessoas de distinto sexo ou não; gozam de estabilidade, publicidade e podem ser ou não

⁷³⁰LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. *La problemática jurídica de la transexualidad*, cit., p. 313.

⁷³¹SALVATORE, Patti. Sul diritto allá riservatezza della persona transessuale. In: *Il diritto all'informazione e alle informatica*. Milano, 1986. p. 906.

⁷³²DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de familia*, cit., v. 4, p. 37-39.

registradas, que têm proteção legal. Tal como no modelo brasileiro extinguem-se pelo falecimento de uma das partes, acordo firmado ou decisão unilateral.⁷³³

Tal como aduz Maria Asunción Asín Cabrera, “as uniões paramatrimoniais apresentam um caráter polimorfo”, pois dividem-se em uniões formais, oriundas de um partenariat registrado, e informais.⁷³⁴

Inicialmente, os Tribunais espanhóis tinham uma certa tendência a não equiparar essas uniões de fato ao casamento quanto a seus efeitos, tanto que a legislação especial visava suprir essa lacuna, editando diversas leis esparsas, como: a ley 2/1987 de 11 de novembro, reformando o Código Civil, que outorga direitos de adoção aos parceiros; ou a ley 29/1994 sobre arrendamentos urbanos, que outorgava o direito ao parceiro de subrogar-se no contrato, em caso de falecimento do beneficiário principal.

Essas uniões, que inicialmente eram definidas como meras sociedades civis, começaram a ser reconhecidas legalmente após o advento da Constituição de 1978, após interpretação dos princípios constitucionais de liberdade e igualdade, previstos no art.14, livre desenvolvimento da personalidade individual, art.10. Porém, essa equiparação, segundo lecionam Díez e Gullón, nunca teve grande acolhida, pois “o casamento possui uma garantia institucional estabelecida pela Constituição, cumpre uma função social que não existe nas demais formas livres de união”.⁷³⁵

Diante da inserção num mundo globalizado, de costumes intercambiáveis e o crescente respeito e proteção dos direitos humanos e das garantias individuais, fez emergir a proteção de formas novas de família que vieram alçadas no afeto, na prevalência dos princípios de tolerância, respeito à diversidade, intimidade, liberdade sexual, entre outros. Desta sorte, a família homossexual e a formada nos estados intersexuais recebeu grande proteção legislativa em território espanhol.

A Constituição espanhola prevê a possibilidade do reconhecimento de diversas realidades no que tange ao estabelecimento da ordem familiar e o exercício da sexualidade. A sociedade espanhola baseia-se numa estrutura familiar democrática, aberta e liberal.

⁷³³Fonte: PAREJA de hecho. *Wikipedia*. Disponível em: <www.es.wikipedia.org/wiki/pareja_de_hecho>; BASES de Datos. Disponível em: <<http://www.porticolegal.com/basedatos/CCAA-/10-1998.htm>>.

⁷³⁴ASÍN CABRERA, Maria Assunción. Le partenariat em droit espanhol: quel avenir pour une réglementation em droit international privé? In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, cit., p. 77.

⁷³⁵DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. op. cit., v. 4, p. 70-71.

Desta forma, torna-se possível a existência legal da família informal (art.39.1 CE), o princípio da igualdade e não discriminação (art.14 CE) e do livre desenvolvimento da personalidade (art.10.1 CE), constituem dados suficientes para sustentar de uma parte que o conteúdo do matrimônio presente no artigo 32 CE pode não ser unívoco, pois compreende-se na atualidade diversas formas de constituição da família.

Essa abertura constitucional possibilitou a evolução jurisprudencial dos Tribunais superiores espanhóis no sentido de sedimentar o entendimento de que a convivência *more uxorio* é um ato e não um fato, juridicamente reconhecível, detentor de próprias e específicas conseqüências no âmbito do direito (STC de 14.2.1991), sendo esse pluralismo presente na formação da família, fruto de mudanças de mentalidade, da dilatação da aceitação de diversos comportamentos sociais que albergam diversas formas de autêntica convivência marital.⁷³⁶

Inicialmente, as comunidades autônomas que compunham a nação espanhola apresentavam, no limite de suas competências, capacidade para legislar e assim reconhecer certos direitos às uniões estáveis e, sobretudo, aos casais homossexuais; entretanto não existia nenhuma forma de parceria homossexual no país.

O Primeiro Ministro espanhol José Luiz Rodriguez Zapatero, demonstrou interesse na modificação do Código Civil para garantir o direito de casamento aos homossexuais.

Assim, o casamento homossexual teve previsão legal desde 2005, em território espanhol. A entrada em vigor da Lei 13/2005 de 1 de julho, sancionada pelo Rei Juan Carlos I, modificou o Código Civil em matéria de direito de contrair matrimônio, estendendo esse reconhecimento aos contraentes independentemente da igualdade ou diferença de sexo entre eles.⁷³⁷

⁷³⁶TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales*: propuestas de regulación em España, cit., p. 17-18.

⁷³⁷Pronunciamento do Rei Juan Carlos I de Espanha – Ley 13/2005, de 1 de julho, que modifica o Código Civil Espanhol em matéria de direito de contrair matrimônio: “Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley: La relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. En consonancia con ello, una manifestación señalada de esta relación, como es el matrimonio, viene a ser recogida por la Constitución, en su artículo 32, y considerada, en términos de nuestra jurisprudencia constitucional, como una institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja. Esta garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico. La regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en

el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial. Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho. Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio. La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta. Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. Desde esta perspectiva amplia, la regulación del matrimonio que ahora se instaura trata de dar satisfacción a una realidad palpable, cuyos cambios ha asumido la sociedad española con la contribución de los colectivos que han venido defendiendo la plena equiparación en derechos para todos con independencia de su orientación sexual, realidad que requiere un marco que determine los derechos y obligaciones de todos cuantos formalizan sus relaciones de pareja. En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción. Asimismo, se ha procedido a una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes. En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo. Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales. Por otra parte, y como resultado de la disposición adicional primera de la presente ley, todas las referencias al matrimonio que se contienen en nuestro ordenamiento jurídico han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo sexo como al integrado por dos personas de distinto sexo”.

Aponta a referida lei, diversas modificações no Código Civil em matéria de direito a contrair matrimônio e filiação, tratando o art.44 § 2º que o matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos quando ambos os contraentes forem do mesmo ou de sexos diferentes; Art.175, IVpermite a doção conjunta, inclusive de filhos do outro consorte; art 1323, permite a transmissão de bens e direitos entre os cônjuges; o art 1344 impõe o regime da comunhão parcial de bens entre os cônjuges.

As disposições legais que contenham qualquer referência ao matrimônio se aplicarão independentemente do sexo dos integrantes da sociedade conjugal; restará modificada a Lei de 8.6.1957, sobre o registro civil.⁷³⁸

A união entre pessoas do mesmo sexo tem reconhecimento em âmbito nacional, assim como a possibilidade de adoção sem qualquer menção de orientação sexual, nem de estado civil do candidato, podendo, desta forma adotar os casados, os solteiros, homossexuais ou héteros. Também é prevista a possibilidade de adoção pelo parceiro homossexual.

Dispõe também a lei 3/2007 sobre as técnicas de reprodução assistida. A procriação medicalmente assistida – regulada pela lei 14/2006 de 26 de maio, é um recurso de parentalidade estendida a todas as mulheres, de acordo com a lei espanhola, inclusive as de orientação homossexual.⁷³⁹

Outra modalidade de família presente na contemporaneidade é a família formada nos estados intersexuais.

Aduz Javier López-Galiacho Perona que a situação jurídica do transexual permanecia em desamparo legal, embora a jurisprudência espanhola se demonstrasse largamente receptiva às questões atinentes à identidade de gênero.

Num primeiro momento, uma reforma legislativa introduziu a LO 8/1983, de 25 de junho, que, alterando o artigo 428 do antigo Código Penal, descriminalizou a cirurgia de transgenitalização nos casos de transexualidade autêntica diagnosticada, observado o consentimento livre e informado do paciente.

Posteriormente reformou-se o artigo 21 RRc (RD 1917/1986, de 29 de agosto) introduzindo-se a possibilidade à luz da legislação registral de não dar-se publicidade,

⁷³⁸Fonte: UNIVERSITAT DE GIRONA. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/familia/L13-05.htm>>.

⁷³⁹Para a realização do procedimento impõe a lei que sejam realizados exames clínicos e entrevistas com psicólogos.

salvo sob autorização especial, da retificação de sexo, havendo, assim, o respeito ao sigilo e ao segredo doméstico, resguardando a intimidade do transexual.

Permanecia, entretanto, a necessidade latente de uma legislação atinente às questões de identidade de gênero, pois como retrata Galiacho Perona” do conjunto de decisões emanadas se desprende uma certa disparidade nas soluções adotadas”.

A primeira sentença sobre identidade sexual que se tem conhecimento na Espanha foi a JPI n.1, datada de 8 de novembro de 1976, em Sevilha; em 1979, a JPI n.3 de Málaga, de 29 de setembro, autorizou o câmbio registral de uma pessoa que, ao contrário do que pensam alguns, era um intersexual e não um transexual.⁷⁴⁰

Assim, em observância aos direitos humanos e às garantias fundamentais, entrou em vigor a lei 3/2007 – lei de identidade de gênero –, que regula a retificação registral da menção relativa ao sexo dos indivíduos transexuais concedendo-lhes direitos civis básicos e viabilizando-lhes a plena inserção social e a consequente constituição da família, uma vez que o artigo 5,2 da referida lei torna-os aptos para exercer todos os direitos inerentes à sua nova condição.⁷⁴¹

Preleciona Javier Lopez-Galiacho Perona que em matéria de casamento transexual há muito vem a jurisprudência espanhola entendendo pela viabilidade do mesmo. Algumas decisões, entretanto, impunham uma limitação severa no tocante às suas núpcias (SJPI num.1 de 8.3.93- Barcelona), pois entendia-se que a modificação registral não garantia uma equiparação absoluta com o “novo” sexo adquirido, garantindo apenas a alteração registral.⁷⁴²

A alteração de sexo, seguida da retificação registral, impõe alguns questionamentos sobre a formação da família, passando pela concessão de *ius nubendi* ao transexual, que, de acordo com a doutrina espanhola, prevê a Constituição a possibilidade deste de contrair matrimônio com pessoa de diverso sexo registral (não se considerando aqui o casamento homossexual em voga no país); a impotência *generandi* não lhe acarreta um impedimento matrimonial segundo o Código Civil espanhol (art.83.3), e nem tão pouco acarreta um

⁷⁴⁰ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit. p. 160-161.

⁷⁴¹ Essa lei representou um grande avanço para a comunidade GLBTT, uma vez que anteriormente à sua entrada em vigor, os transexuais espanhóis só podiam mudar seus dados nos documentos oficiais se tivessem se submetido à cirurgia redesignatória e obtivessem uma sentença judicial favorável. A lei aprovada na Espanha permitirá a retificação registral independente da realização de cirurgia, sendo bastante o diagnóstico de disforia de gênero, a continuidade desse processo e o acompanhamento médico por três anos. Fonte: <http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/persona/pf/13-07.htm>.

⁷⁴² LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit. p. 277-278, 326.

nulidade matrimonial como prevê o artigo 73.4 do Código Civil, pois o contraente pode conhecer de antemão a condição de transexual de seu consorte, pode ainda mesmo que desconhecendo-a anuir, conferindo assim o consentimento matrimonial, e pode ainda convalidar-se o matrimônio pelo decurso do prazo de um ano, contado do conhecimento do consorte, como dispõe o artigo 76 § 2º do Código Civil.⁷⁴³

As relações parentais permanecem inalteradas frente à redesignação sexual, muito embora a modificação do sexo possa trazer algumas situações problemáticas no que tange à filiação.

Em se tratando de filiação distingue a doutrina espanhola a filiação natural e a decorrente das técnicas de reprodução assistida. Quanto à primeira, natural, diferencia sua ocorrência – geração ou determinação -, antes ou depois da redesignação sexual.

Quanto à filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida, distingue as relações paterno-filiais frente à doação de material genético.

No que toca à filiação natural, pode esta ser gerada antes da retificação registral do transexual, mas ainda não determinada. Neste caso, à luz do direito espanhol, a ação de investigação de paternidade será intentada em relação ao transexual genitor, observado o seu sexo originário –, de antes da cirurgia redesignatória, estabelecendo-se assim a relação filial.

Quanto à filiação determinada antes da retificação registral do sexo, esta manter-se-á nas mesmas bases estabelecidas em face do sexo originário do transexual. A maternidade ou paternidade biológica não se altera, permanecendo incólumes os documentos identitários dos filhos do transexual.

Pode ainda o transexual estabelecer relação paterno-filial, reconhecendo filho natural após a cirurgia redesignatória, ou mesmo estabelecer vínculo afetivo reconhecido juridicamente com filho de seu consorte. Não se alteram, inclusive, os direitos sucessórios em face da realização da cirurgia de transgenitalização.

Quanto à procriação mediante o acesso às técnicas de reprodução assistida, esta pode ser realizada, em face das circunstâncias, somente nos casos de doação de material genético anteriormente à redesignação sexual.

⁷⁴³VIEIRA, Tereza Rodrigues. A bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: _____ (Coord.) *Bioética e sexualidade*, cit., p. 119; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 378-379.

Leciona Javier López Galiacho-Perona que, nos casos de inseminação da companheira de transexual, a filiação seria estabelecida somente em face da mãe, pois prevê a lei espanhola o anonimato do doador de material genético (a revelação da paternidade poderia ocorrer nos casos de iminente risco de saúde do filho, mas nunca implicará na determinação da paternidade natural), nos casos de doação de óvulos a maternidade – de substituição – será estabelecida pelo parto. Também não será viável a inseminação artificial homóloga da ex-mulher do transexual, pois a realização da cirurgia redesignatória tem como pressuposto o fim da sociedade conjugal e com esta a eliminação do requisito da relação conjugal para a autorização da utilização do dito material genético.⁷⁴⁴

A legislação espanhola proíbe a gestação de substituição – art 10 LTRA -, não sendo portanto acessível esta técnica ao transexual masculino que, passando a ser mulher se case com outro homem.

Entretanto, interessantíssima questão bioética, retrata Galiacho Perona, envolvendo o transexual feminino que, após o câmbio registral, se casa ou convive com outra mulher e tem acesso às técnicas de reprodução assistida.

Este transexual feminino, ainda na condição de mulher antes da retificação sexual, doa seus óvulos para posterior fecundação. Eis que este, fecundado com material de terceiro doador é inoculado no ventre de sua atual mulher. A maternidade, neste caso, se dissociaria entre a maternidade genética e a gestacional. Segundo a lei espanhola, artigo 10 da LTRA, a filiação poderá ser estabelecida de duas formas: matrimonial materna quando mediante consentimento do novo cônjuge, de acordo com os artigos 116 e seguintes do Código Civil; ou matrimonial paterna, quando na ausência desse consentimento (art.6.3 LTRA).

Na hipótese do casamento de dois transexuais entre si, a relação paterno- filial poderá ser estabelecida somente pela adoção. Como requisitos para adoção prevê a lei espanhola que o adotante deve ser maior de 25 anos e ter uma diferença de 14 anos com o adotado – art.175 do Código Civil.

Pode, portanto, o transexual, adotar mediante o seu novo sexo registral, sem, no entanto, perder os direitos parentais com sua eventual prole anterior. Desta forma, a mesma pessoa poderá ser pai de A e B e mãe de C e D (ou vice-versa). É válido ressaltar, que, de

⁷⁴⁴LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit. p. 297-302.

acordo com o artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Resolução do Parlamento Europeu sobre a discriminação dos transexuais, de 12 de setembro de 1989, está vetada toda discriminação em matéria de direitos fundamentais; assim o benefício da adoção é concedido ao transexual.⁷⁴⁵

4.5. Direito Português

A família, base da sociedade portuguesa, engloba todas as pessoas que, ligadas por vínculo de casamento, parentesco, afinidade ou filiação (desapareceu na lei portuguesa o tratamento e a distinção entre filhos legítimos), encontram um *locus* adequado para socializar-se e assim desenvolver a plenitude de sua personalidade.⁷⁴⁶

Para o direito português, a Constituição Federal representa uma das fontes legislativas do direito de família, contendo seus artigos 36,67,68 e 69 um certo número de princípios que se impõem ao legislador ordinário, tais como: o direito de constituir família e de contrair matrimônio em condição de plena igualdade, sendo entendido o casamento como “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir legitimamente uma família mediante uma comunhão plena de vida (art.1577 do Código Civil); direito ao divórcio; igualdade dos cônjuges, igualdade entre todos os filhos, direito da família à proteção da sociedade e do Estado”. O art. 1628 al. e do Código Civil português declara inexistente o casamento contraído entre duas pessoas do mesmo sexo, evidenciando a imperatividade da diversidade de sexos para a sua validade. Pauta-se também no direito português o casamento no topo da ordenamento, no que tange à formação da família, tendo ainda este, um marco social e não meramente individual, sendo entendido como “uma forma social de comportamento”.⁷⁴⁷

Assim, sintetiza que “o direito à formação familiar em condição de plena igualdade tem valor de princípio consagrado na Constituição – art.36, I, mas a verdade é que o

⁷⁴⁵LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit. p. 302-307.

⁷⁴⁶SANTOS, Eduardo dos. *Direito de família*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 13 e 23.

⁷⁴⁷LIMA, Antunes Varela Pires de. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. v. 4, p. 24; PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*, cit., p. 153; SANTOS, Eduardo dos. op. cit., p. 93-94.

legislador ordinário apenas regula a família oriunda do casamento, atribuindo efeitos muito limitados à união de fato”.⁷⁴⁸

Tem-se que nos termos do artigo 1577 do Código civil português, casamento tem por finalidade a constituição da família, que pode ser constituída também por um dos genitores e os filhos havidos fora do casamento e, à luz do artigo 1576, constitui relação familiar o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção.⁷⁴⁹

Visou-se estender, através de um Projeto de Constituição apresentado pelos partidos CDS e o UDP, o conceito de família para outras formas além do casamento, qualquer que seja a união sexual, nomeadamente a união de fato – que a seu turno vem recebendo do legislador uma atenção cada vez maior.⁷⁵⁰

A realidade latente na sociedade atual é a crise do conceito tradicional de casamento, que vai dando lugar ao surgimento de novas famílias assentadas na comunhão de vida em condições análogas às dos cônjuges - as denominadas uniões de fato. Nesta sequência, a lei 135/99, de 28.08, vem estabelecer, pela primeira vez no direito português, alguns princípios gerais reguladores dessas uniões, reconhecendo efeitos que as aproximam ou até as equiparam ao casamento.

A Lei n.º 135/99, de 28 de agosto, veio dar proteção legal a pessoas de sexo oposto que vivam em comunhão de fato há mais de dois anos, mas que não tenham um vínculo matrimonial (mesmo antes da Lei n.º 135/99 já existiam situações em que era reconhecida a situação de união de fato, embora sem essa identificação formal como era o caso, por exemplo, da transmissão dos contratos de arrendamento, a presunção de paternidade e regime de férias. Algumas destas proteções estavam garantidas por diversas leis datando desde 1976).

Além destas, outra modalidade de família buscou sua regulamentação em solo português: a família homossexual. Em 15 de março de 2001, a Assembleia da República Portuguesa votou um novo texto que estendia a proteção a casais do mesmo sexo, reconhecendo a união de pessoas que vivem juntas há dois anos, independentemente de orientação sexual, excetuando-se o direito à adoção.

⁷⁴⁸SANTOS, Eduardo dos. op. cit., p. 143.

⁷⁴⁹PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. op. cit., p. 299; Código Civil Português; LIMA, Antunes Varela Pires de. op. cit., v. 4, p. 26.

⁷⁵⁰Redação da Lei Constitucional n.1/82 de 30 de setembro.

A lei aprovada regula a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em *união de facto* há mais de dois anos – coabitação não registrada reconhecida legalmente sem necessidade de registro, observados alguns impedimentos.⁷⁵¹

Quanto ao estabelecimento da possibilidade de se convolar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, esta ainda é uma questão polêmica em Portugal, tendo grande cobertura midiática.

O casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é juridicamente inexistente em Portugal, à luz do artigo 1628, alínea e do Código Civil, mesmo que tenha sido realizado num local que o reconheça legalmente. Esta situação aplica-se mesmo para efeitos da lei de União de Facto que é reconhecida em Portugal entre pessoas do mesmo sexo.⁷⁵²

Dois projetos de Lei foram apresentados pelo Bloco de Esquerda (BE), em fevereiro de 2006 e o Partido Os Verdes (PEV), em março do mesmo ano. No entanto os projetos só foram agendados para discussão em setembro de 2008, tendo sido fixada a data de 10 de outubro de 2008, para tal. As propostas foram criticadas pelos partidos PS, o PSD e o CDS-PP. O PCP e o PEV votaram a favor do projecto do PEV, mas abstiveram-se no projecto do BE. BE votou a favor do seu projecto, mas absteve-se no projeto do PEV.

A moção do líder do PS - do governo- José Sócrates no dia 18 de Janeiro de 2009 apresentada, define como meta nas legislativas a maioria absoluta, defende o "casamento civil entre pessoas do mesmo sexo". Ao nível dos direitos para a promoção da igualdade, a moção do secretário-geral do PS estabelece como prioridade "o combate a todas as formas de discriminação e a remoção, na próxima legislatura, das barreiras jurídicas à realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo". Representantes indicaram que não está nos planos do partido permitir a coadopção por duas pessoas do mesmo sexo.⁷⁵³

No que tange à alteração de sexo nos casos de transexualidade e intersexualidade, aduz Elimar Szaniawski que reconhece-se em solo português o direito à autodeterminação sexual observados limites quanto à diminuição permanente da integridade física do indivíduo, assim como considera lícitas as intervenções curativas em caso de intersexualidade e facilita aconsequente alteração do assento registral à luz do artigo 299,n.2 do Código de Registro Civil.

⁷⁵¹Fonte: CASAMENTO entre pessoas do mesmo sexo. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexo>.

⁷⁵²PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. op. cit., p. 199.

⁷⁵³CASAMENTO entre pessoas do mesmo sexo, cit.

Nesse sentido, silente se mostra a legislação pátria quanto à alteração do *status* sexual e assento registral nos casos de transexualidade, em face das deliberações do Código de Deontologia Médica; assim, embora não seja considerada uma atividade ilícita a cirurgia de redesignação sexual em caso de transexualismo verdadeiro, a prática encontra resistência em solo português.⁷⁵⁴

Quanto à família formada nos estados intersexuais, não se tem, à luz da doutrina e legislação portuguesas, a possibilidade de conferir conjugalidade ao transexual, embora a Constituição Portuguesa vete expressamente a discriminação. O processo médico e legal de redesignação de sexo e de alteração do nome não está previsto na lei, é extremamente difícil e burocratizado, muitas vezes humilhante, por vezes perigoso, sempre moroso e muito caro, sempre que a resposta insuficiente do Serviço Nacional de Saúde obriga o recurso a alternativas privadas que tornem a vida suportável, sendo, desta forma, os transgêneros sistematicamente excluídos do acesso à educação e ao emprego, tendo por consequência óbvia a marginalização social.⁷⁵⁵

Desde os fins dos anos 1980, as reivindicações da comunidade homossexual fincam-se num outro domínio: reclamam o reconhecimento social destinado aos concubinos, e mesmo um *status* legal comparável aos casais heterossexuais. Na atualidade, a Associação ILGA de Portugal vem, através de manifestação popular, desafiar o Governo e o Parlamento a aprovarem uma lei da identidade de gênero.⁷⁵⁶

Os homossexuais recebem efetivamente um tratamento diferenciado em face da lei, não obstante os princípios constitucionais consignem a liberdade, a igualdade, o respeito à diferença. Entre os Estados-parte ungidos à Convenção Europeia dos Direitos Humanos tentam fazer valer seus direitos fundamentais em virtude de sua orientação sexual.

No âmbito da família, a atuação dos órgãos europeus se dá em virtude das diferenças intrínsecas envolvidas. As discriminações são proibidas pela Convenção em seu artigo 14, em virtude do qual um dos genitores não pode ser privado de seus direitos parentais em face de sua orientação sexual, mas a Comissão frequentemente refere que as

⁷⁵⁴Bastante escassa é a jurisprudência sobre o tema em Portugal. SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 242-244.

⁷⁵⁵Fonte: ILGA. Are United Nations for us? 20/01/2004. Disponível em: <http://www.ilga.org/news_results.asp>.

⁷⁵⁶Fonte: ILGA. Are United Nations for us?, cit.; DEBET, Anne. *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, cit., p. 680 – Para o reconhecimento de direitos de família ao homossexual: D. 1998, charon 215 – “os autores insistem na necessidade de adaptar o direito aos costumes vigentes, e, consequentemente, a ausência de justificação de distinção entre o casamento tradicional e o homossexual.

relações homossexuais não constituem elo familiar e, como tal, só podem ser protegidas sob o fundamento do respeito à vida privada (interessante é notar que, embora a Convenção Europeia puna a discriminação em relação ao comportamento homossexual, os órgãos europeus não exigem dos seus Estados-parte, pelo menos por enquanto, o reconhecimento jurídicos dessas relações.⁷⁵⁷

Também a família monoparental tem reconhecimento em solo português, pois muitas vezes forma-se esta como um fato natural decorrente do divórcio, da viuvez ou da parentalidade.

Assim sendo, considera-se proibida e, por isso mesmo, inconstitucional, qualquer regra de anonimato de doador de material genético, como no caso da composição da família unilinear, pois é direito garantido constitucionalmente o conhecimento da sua identidade pessoal, a identidade dos pais biológicos, defendendo o Parlamento Europeu em Resolução de 16.3.1989 a proibição do anonimato do doador em fertilização *in vivo e in vitro*.

O direito à historicidade pessoal é uma expressão do direito à identidade pessoal que, por sua vez, é um direito personalíssimo do indivíduo.

À luz da Constituição portuguesa ninguém pode, de forma intencional, consentir ou participar num processo de procriação artificial que vise criar uma vida humana privada de família ou de uma estrutura biparental de filiação. Fala-se na existência de um direito à biparentalidade biológica; desta forma, o mesmo diploma legal exclui a viabilidade da inseminação artificial *post mortem*.

“A vontade de um ou dos dois genitores biológicos no sentido de consentir ou solicitar o gerar de um ser após o seu falecimento, precisamente porque envolve a intenção de criar uma vida humana, encontra-se sujeita aos limites decorrentes da tutela do ser humano a que se visa dar origem com tal manifestação de vontade: Ninguém pode manifestar de forma válida a vontade de gerar uma vida humana, condenando-a antecipada e deliberadamente, a uma planeada e certa orfandade, isto através da amputação total ou parcial do direito de tal ser humano conhecer um ou ambos os progenitores.”⁷⁵⁸

⁷⁵⁷ DEBET, Anne. op. cit., p. 673-679. O Caso apreciado pela Convenção conhecido como Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, 21.12.199, JCP 2000.I.202, n.37 – envolveu um pai que questionava a supressão de seus direitos parentais em face de sua homossexualidade.

⁷⁵⁸ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, cit., p. 76.

Em face do exposto, entende Paulo Otero a inseminação artificial *post mortem*, segundo os ditames da lei portuguesa, como uma forma despersonalizada de transmissão de vida, instrumentalizando a existência do novo ser aos caprichos de um morto. Logo, considera-se nula qualquer manifestação de vontade testamentária nesse sentido.

Por privar o novo indivíduo de uma estrutura familiar normal e o consequente direito à biparentalidade biológica, Paulo Otero e José de Oliveira Ascensão conduzem à exclusão da admissibilidade de mulheres solteiras ou mesmo homossexuais de terem acesso à reprodução artificial.⁷⁵⁹

Nota-se aqui os dois lados do direito da personalidade: a liberdade de constituir uma família envolve a criação de certos deveres, bem como a privação de certos direitos em se prevalecendo o interesse precípua do menor.

A Constituição Portuguesa foi um dos primeiros textos constitucionais em nível europeu e até mesmo em nível mundial a reconhecer expressamente a identidade genética do ser humano relacionando-a com o princípio da dignidade pessoal do ser humano, realizando, em face disso, a limitação da tecnologia e da experimentação científica.

4.6. Direito Inglês

A família forma-se no Reino Unido a partir do casamento e das parcerias civis, incluindo, como nas demais legislações, as questões atinentes ao parentesco e à filiação, além da identidade de gênero.

Inicialmente, teve a lei inglesa um caráter marcadamente hostil ao comportamento homossexual, gerando uma grande dificuldade de inserção para essa população. Crenças religiosas, desconhecimento, preconceito, medo poderiam ser elencados como alguns dos motivos pré-determinantes para a homofobia, além do descontentamento da sociedade pela liberdade sexual por eles adotada.⁷⁶⁰

Posteriormente adotou-se em solo britânico a postura legislativa de descriminalização em virtude da orientação sexual, através da promulgação do Great Britain's Sex Discrimination Act 1975 e do Race Relations Act 1976, tendo em vista que

⁷⁵⁹OTERO, Paulo. op. cit., p. 79 e ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Procriação assistida*, nº 3.

⁷⁶⁰GREY, Antony. *Speaking out: writing on sex, law, politics, and society*. London: Cassel, 1997. p. 75-76; BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, moral and justice: a theory of lesbian and gay rights law*, cit., p. 148.

se considera, no país, a orientação sexual como um dos aspectos da personalidade do indivíduo e a sua importante repercussão no direito de família, pois afeta diretamente não só a visibilidade social do indivíduo, como também sua possibilidade isonômica de formar um núcleo familiar estável, extensivo ao direito à parentalidade.⁷⁶¹

Entrou em vigor no Reino-Unido, em dezembro de 2004, a Lei conhecida por – Civil Partnership Act –, que oferece aos homossexuais a possibilidade de formar uma associação civil (parceria civil registrada).⁷⁶²

Observam-se, para tanto, os mesmos requisitos legais no tocante à capacidade das partes e impedimentos devidos ao casamento. Não é necessária a nacionalidade inglesa ou a residência no país para o requerimento do registro da parceria civil.⁷⁶³

Entre as justificativas elencadas para a mudança de paradigma da família no direito inglês encontram-se o respeito à diferença, à privacidade, o direito à liberdade pessoal, à igualdade diante da lei e a imutabilidade da circunstância dos homossexuais, cujo controle de sexualidade passou a ser ilegal no país, que, a seu turno, passou a adotar uma conduta mais tolerante em face da homossexualidade.⁷⁶⁴

À luz do direito inglês considera-se casamento a união voluntária de um homem e uma mulher para a vida, com exclusão de todas as outras formas. O novo dispositivo, ora em análise, visa garantir aos casais homossexuais os mesmos direitos e garantias do casamento: cria obrigações de mútua assistência, dissolução judicial da união dos parceiros, isonomia destes aos casais para efeitos fiscais e sociais, garantia de idêntico regime patrimonial do casamento, idênticas regras de sucessão, de aquisição de nome.⁷⁶⁵

No plano familiar, será garantido o direito de adoção conjunta, bem como do filho de seu parceiro. Desde a entrada em vigor da Lei de novembro de 2002 sobre a adoção de menores, a adoção conjunta é possível a todos os casais estáveis, independentemente de seu *status* jurídico ou orientação sexual. Justificou o Min.Tony Blair a validade da medida aduzindo que «o interesse da criança deve estar acima de tudo», também, aduz «a

⁷⁶¹WINTERMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights*, cit., p. 10-13.

⁷⁶²Desde 1957 vigoram no Reino Unido leis que visam descriminalizar a homossexualidade masculina. Em 1967 entrou em vigor uma lei que visava a completa descriminalização da prática, por entender que as práticas discriminatórias violariam o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Casos ilustrativos: *Dungeon v.UK*, *Norris v.Ireland*, *Modinos v.Cyprus*.

⁷⁶³SUMNER, Ian. Registered Partnership and Private International law: Great Britain and the Netherlands compared. In: *ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, cit., p. 36-37.

⁷⁶⁴BAMFORTH, Nicholas. op. cit., p. 196-197.

⁷⁶⁵CONSTITUTIONAL Law. Routledge: United Kingdom, Cavendish lawcards series, p. 114-116; BURTON, Francês. *Core Statutes on family law*, cit., p. 263-271.

sociedade que aprendeu a lidar com a igualdade social e racial, também o fará com a identidade sexual»⁷⁶⁶

Prevê o direito inglês a manutenção da guarda de filho menor ao genitor que mantenha relação homoafetiva posterior à separação do casal. Mantêm-se, desta forma, inalterados os direitos parentais, embora em alguns casos seja este fator preponderante para a determinação da guarda do menor.⁷⁶⁷

O Supremo Tribunal inglês concedeu há dois anos o *status* de família às relações estáveis entre homossexuais, durante a análise ao caso Fitzpatrick v. Sterling Housing Association Ltda., em que Martin Fitzpatrick recorreu à Câmara dos Lordes invocando seu direito de permanecer no imóvel locado, após a morte do titular do contrato, seu companheiro.

A Câmara sentenciou que Fitzpatrick não poderia ser considerado cônjuge do *de cujus*, mas concedeu-lhe o direito de permanecer no imóvel como um membro de sua família, posto que as relações homossexuais também eram dotadas de características familiares. Isto ocorreu após uma série de precedentes em que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos concluiu pela condenação do Estado em razão de atitudes absolutamente discriminatórias frente a litígios envolvendo homossexuais, como no caso "Dudgeon c/ United Kingdom" em que o governo inglês foi acionado por considerar crime as relações sexuais homossexuais, mesmo aquelas praticadas entre maiores de idade, mediante consentimento mútuo; no mesmo sentido é o caso "Sutherland c/United Kingdom" de 1.7.1997.⁷⁶⁸

A lei conhecida por Gender Recognition Act de 2004 impõe as regras para a adequação do gênero em casos de transexualidade ou intersexualidade. Para a expedição do certificado de transgenitalização- gender reconition certificate, impõe a referida lei inglesa que o requerente seja solteiro,viúvo ou divorciado. E se observe o lapso temporal de 6 meses da dissolução da sociedade conjugal.

Assim que esse certificado é expedido, e devidamente registrado – no UK birth register-, adquire o requerente o *status* correspondente ao seu “ novo” sexo, para todos os

⁷⁶⁶Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée, n. 134, Juin. 2004. Le mariage homosexuel en Allemagne. Disponível em: <<http://www.senat.fr/lc/lc134/lc1341.html>>; CONSTITUTIONAL Law, cit., p. 99; BAMFORTH, Nicholas. op. cit., p. 236.

⁷⁶⁷BAMFORTH, Nicholas. op. cit., p. 48.

⁷⁶⁸Fonte: Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>>; DEBET, Anne. op. cit., p. 676; CONSTITUTIONAL Law, cit., p. 100-104.

efeitos legais. Entretanto, a família formada nos estados intersexuais, denominada – *Marriages involving person of acquired gender* – não apresenta aceitação pacificada na lei canônica. A Igreja Anglicana não lhe aprova a celebração.⁷⁶⁹

4.7. Direito Escandinavo

Os países escandinavos foram os primeiros a introduzir as parcerias civis registradas em seu quadro legislativo. Sua aparente similitude deu-se através de consultas doutrinárias e legislativas, entre os respectivos Ministros da Justiça, movidos pela congruência cultural e legislativa que caracteriza essa região.

Tal como preleciona Michael Bogdan, uma característica recorrente aos partenariats presentes nos países nórdicos é sua regulamentação legal, em muito próxima à do casamento tradicional; observam-se os mesmos tipos de impedimentos do matrimônio, requer-se capacidade do agente, registro, instituição de relação de parentesco. Isto se explica por vários motivos, entre os quais destaca-se o não reconhecimento dos efeitos do partenariat nos demais países, trazendo inúmeros conflitos, mormente de direito internacional privado.⁷⁷⁰

Como característica basilar, o partenariat nos países nórdicos pressupõe a identidade de sexos, diferente do PACS francês, por exemplo, aplicado a qualquer casal independente da orientação sexual das partes. Impõem ainda que tenham os pactantes (ou pelo menos um deles) nacionalidade escandinava, ou que residam nos países nórdicos por pelo menos dois anos. Quanto a dissolução do partenariat observam as mesmas formas legais atinentes ao casamento – divórcio, anulação, falecimento de uma das partes.

Atribui ainda os mesmos efeitos do casamento às partes envolvidas: direito à herança, ao uso do nome de família, direito real de habitação, direito à alimentos, à seguridade social. Como exceção podemos elencar o direito à filiação, no que tange a adoção conjunta, as presunções de paternidade, ao acesso às técnicas de reprodução assistida, ao direito de guarda e visita ao menor.

⁷⁶⁹BURTON, Francês. op. cit., p. 258-261

⁷⁷⁰BOGDAN, Michel. Private international law of registered partnerships in the nordic countries. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe, cit., p. 62.

Esse quadro começou a mudar quando a Suécia passou a admitir a adoção conjunta de casais homossexuais unidos a um partenariat. Seu exemplo foi seguido pelos demais países escandinavos, com exceção da Finlândia.⁷⁷¹

As leis suecas em matéria de família foram se alterando no correr dos tempos. O Código Civil sueco de 1734 regeu durante quase dois séculos as relações entre os casais, mormente no que tange à pessoa dos cônjuges e seus bens. Uma ordenação real de 1810 passou a possibilitar a ruptura da sociedade conjugal em casos de doença grave. Em 1915, a lei de 12 de novembro instituiu o divórcio no país.

A Nova Lei Civil, em vigor desde 11.6.1920, concedeu liberdade absoluta aos indivíduos, para que se casassem no religioso e no civil, impondo uma completa igualdade entre os cônjuges.⁷⁷²

Entretanto, ao lado das formas tradicionais de composição da família, a Suécia não reconhecia o casamento entre pessoas do mesmo sexo; por outro lado, ali vigorava desde 23.06.94 uma Lei sobre a parceria civil registrada para pessoas do mesmo sexo, Swedish Registered Partnerships Act n.1117/94, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995 e que garantia aos conviventes em «uniões livres» os mesmos direitos patrimoniais do casamento.

Porém, no que tange à formação da família, não havia previsão legal para a adoção ou acesso às técnicas de reprodução assistida; mas o exercício comum da autoridade parental por um casal homossexual ligado por um pacto civil registrado poderia ser requerido judicialmente, podendo o juiz concedê-lo em face do melhor interesse do menor.⁷⁷³

Desde meados de 2004, o Riksdag vem analisando uma proposta de reconhecimento de um «casamento sexualmente neutro».

A questão do casamento homossexual, há quinze anos em debate no país, foi objeto de reforma. O governo, estudando a possibilidade do estabelecimento de direitos muito próximos aos concedidos em virtude do casamento, abrangendo inclusive a possibilidade de adoção ou acesso às técnicas de reprodução assistida, reconheceu o casamento homossexual em 1º de maio de 2009.

⁷⁷¹BOGDAN, Michel. op. cit., p. 65-66.

⁷⁷²RÉAU, Roger. *Les lois suédoises sur le mariage*. Paris: PUF, 1925. p. XI-XVI.

⁷⁷³TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 71.

Com a entrada em vigor da lei que reconhece o casamento sexualmente neutro, as antigas parcerias civis podem ser convertidas em casamento, não mais subsistindo nesse modelo legislativo. Ou seja, não serão realizados novos partenariats, aos próximos casais homoafetivos que visarem reconhecer sua união, que só poderá ser feita mediante o casamento.

A lei que regula o casamento sexualmente neutro foi aprovada pelo Parlamento sueco por 261 votos a favor contra 22 votos de oposição e 16 abstenções. Entre os partidos políticos suecos o Partido Democrata Cristão (Kristdemokraterna) posicionou-se veemente contra a aprovação da nova lei.⁷⁷⁴

Em relação à formação da família nos estados intersexuais, a Lei sueca de 21.04.1972, admite a realização da cirurgia redesignatória e a consequente alteração do *status* sexual e do prenome do paciente operado. Protege a intimidade do transexual redesignado, e prevê como requisitos para a alteração de sexo após o diagnóstico da transexualidade que o interessado seja solteiro, maior e incapaz de procriar, sejam cidadãos suecos ou estrangeiros residentes em longa data no país.⁷⁷⁵

A mesma lei regula a realização da cirurgia em casos diagnosticados de intersexualismo.⁷⁷⁶

Entretanto, a lei sueca, de 21 de abril de 1972, mostra-se silente aos efeitos da redesignação sexual nas relações paterno-filiais.⁷⁷⁷

Na Noruega, o reconhecimento das relações homoafetivas dava-se pela parceria civil – partenariat –, vigente desde a Lei n.40 de 1.08.1993. Embora com algumas limitações em face a filiação, – não permitia a adoção nem o acesso às técnicas de reprodução assistida, mas permitia a partilha da autoridade parental entre os parceiros; nos aspectos sucessórios, patrimoniais e sociais assemelhava-se em muito com o casamento.⁷⁷⁸

Podem, entretanto os parceiros unidos ao partenariat adotar os filhos de seu parceiro, desde que um dos membros seja norueguês ou viva no país. A Lei de Adoção

⁷⁷⁴SÉNAT. Étude de Législation Comparée. *Mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>; SAME sex marriage in Sweden. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Same_sex_marriage_in_sweden>.

⁷⁷⁵FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de la identidad personal*, cit., p. 363; VIEIRA, Tereza Rodrigues. op. cit., p. 119.

⁷⁷⁶SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 247.

⁷⁷⁷LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 313.

⁷⁷⁸BOGDAN, Michel. op. cit., p. 61.

norueguesa prevê que as questões atinentes à adoção devem ser dirimidas por tribunal pátrio.⁷⁷⁹

Desde 1º de janeiro de 2009, vige em território norueguês o Gender Neutral Marriage Act, que introduziu o casamento civil no país. Desde a sua vigência foi vetado o reconhecimento de novos partenariats, subsistindo os anteriores que serão convertidos em casamento.

Após muitos debates, o Parlamento aprovou com 84 votos contra 41 a nova lei que, sancionada pelo Rei Haarlald, constituiu o «casamento sexualmente neutro» no país, garantindo, assim, os mesmos direitos já concedidos aos casais heterossexuais, destacando-se como novidade o direito de adoção, o acesso às técnicas de reprodução assistida e o estabelecimento de presunção de paternidade/maternidade ao outro cônjuge, quando da reprodução medicalmente assistida.

De acordo com as pesquisas sistematicamente realizadas pelo EOS Gallup Europe, a aceitação pública do casamento sexualmente neutro foi de 61%, 63% e 66% respectivamente, nos últimos três anos.⁷⁸⁰

A Finlândia reconhece oficialmente os casais homossexuais. A Lei votada em 2001 e entrou em vigor em 1.03.02 – Parceria Civil Registrada, reconheceu-lhes oficialmente direitos e responsabilidades similares aos instituídos pelo casamento convencional.

O casamento é destinado aos casais heterossexuais, enquanto para os homossexuais o modelo protetivo é a parceria civil registrada, que confere quase os mesmos direitos do casamento, salvo o direito de adotar e o de acrescentar o nome de família do seu par.

No que tange à parentalidade social beneficia-se o parceiro homossexual da autoridade parental, muito embora não possa adotar o filho de seu parceiro. A procriação assistida é um benefício concedido por lei à mulher solteira, independentemente de orientação sexual, sendo, inclusive, extensivo às parceiras lésbicas o direito à procriação artificial.

De acordo com os dados fornecidos pelo Centro de Registro da População – Väestörekisterikeskus -, entre março e setembro de 2002 foram registradas no país 389 parcerias civis sendo que destas 221 envolvendo parceiros homens e 178 parceiras

⁷⁷⁹TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 70.

⁷⁸⁰Fonte: SAMESEX marriage in norway. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/samesex_marriage_in_norway>.

mulheres. Entre março de 2002 e março de 2003 o número de parcerias registradas foi de 483, sendo 221 masculinas e 262 femininas.⁷⁸¹

Não se discute em solo finlandês a instituição do casamento sexualmente neutro.

Na Dinamarca, a Lei de 1986 modificou o direito das sucessões em favor do reconhecimento dos parceiros homossexuais.

A partnerskab, criada pela Lei 372 de 7.06.1989, em vigor desde 1.10.1989 equipara a união homossexual ao casamento heterossexual sob os aspectos fiscais, patrimoniais e sucessórios, e também quanto aos direitos civis – requisitos de constituição e dissolução, obrigações legais-, concede o direito à autoridade parental em face do filho do parceiro homoafetivo, sendo que, para tanto, os parceiros, ou pelo menos um deles deve ser dinamarquês ou membro da comunidade europeia – ou viver em território nacional há dois anos. Não concedeu, entretanto, o direito à adoção, sendo também inválida qualquer forma de celebração religiosa.⁷⁸²

Uma alteração legal instituída pelo Parlamento dinamarquês, em 17.3.2009, estendeu o benefício da adoção aos casais homossexuais unidos ao partenariat.⁷⁸³

No que tange à família formada nos estados intersexuais, autoriza a lei local a adequação do sexo do transexual e do registro civil após a realização da cirurgia redesignatória.⁷⁸⁴

Conforme resultado de pesquisa Gallup Europe, 69% da população local é favorável à instituição do « casamento sexualmente neutro » no país.

Assim, as parcerias civis encontradas na Alemanha, na Dinamarca e na Inglaterra apresentam diversos pontos em comum com o casamento, no que tange aos efeitos jurídicos de sua celebração. Guardam, todavia, algumas exceções em relação à filiação. Nesses países o regime da parceria civil registrada é adstrita à pessoa de mesmo sexo, diferente do modelo francês.

⁷⁸¹Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée. *Mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>.

⁷⁸²Fonte: Id. Ibid.; DE VITTA, Anne - Aperçu comparatif sur l'évolution européenne. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualisation de la famille*, cit., p. 278; TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 69-70.

⁷⁸³Fonte: SAME sex marriage in danemark. *Wikipedia*. <http://em.wikipedia.org/wiki/same_sex_marriage_in_danemark>.

⁷⁸⁴VIEIRA, Tereza Rodrigues. op. cit., p. 119.

4.8. Direito Holandês

Em 1.1.1998, entrou em vigor a nova Lei de uniões civis em território holandês, reformando assim o direito de família no país.

Essa lei foi considerada na época a mais avançada do mundo, pois permitiu que duas pessoas do mesmo sexo pudessem formalizar um contrato de convivência registrada, que recebe o mesmo tratamento legal que o matrimônio – nessa época ainda permanecia exclusivo dos casais heterossexuais.

Apesar da larga proteção patrimonial que consignava, frente a benefícios previdenciários, sucessórios, concessão de pensão alimentícia em caso de separação (de modalidade extrajudicial quando consensual, ou judicial, quando litigiosa); não concedia a nova lei holandesa o benefício da adoção conjunta aos casais formados por pessoas do mesmo sexo, nem tão pouco possibilitava a adoção do filho do seu partner.

Possibilitava, entretanto, numa visão arrojada para a época, o exercício de poder parental frente ao filho do outro.

Diferia-se também do contrato de convivência anterior que só previa consequência de direito privado, no sentido em que apresenta um reconhecimento público e eficácia frente a terceiros. Sua diferença quanto ao casamento restringe-se apenas em face do direito de adoção (da impossibilidade desta).

Após um longo período de discussões parlamentares, encabeçada pela comissão Kortmann, não foi ainda aprovado o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois entendeu-se que «a legalização do matrimônio homossexual seria mal vista na comunidade internacional e traria intrincadas complicações legais, visto que os demais países não reconheciam essa modalidade de casamento».⁷⁸⁵

Em 1.04.01 entrou em vigor a Lei de 21.12.00, que garante acesso ao casamento às pessoas de mesmo sexo. Antes dessa data, a Lei de 5.07.97 previa a inclusão da parceria civil registrada, Dutch geregistreerd partnerschap, que garantia aos casais homossexuais a regulamentação oficial de sua vida em comum, sendo também aberta aos casais heterossexuais, sendo possível a conversão das parcerias civis anteriores à lei em casamento. Atendeu aos mesmos requisitos impostos ao casamento no que tange aos

⁷⁸⁵TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. op. cit., p. 71-72.

impedimentos, capacidade das partes, monogamia. Num primeiro momento, havia também a imposição legal para ambas as partes: possuir nacionalidade holandesa, residir no país, ser membro da comunidade europeia. Em 2001, uma Lei federal alterou as condições anteriores impondo que apenas uma das partes deveria cumprir os requisitos anteriormente elencados.

Tanto quanto os casais heterossexuais, os homossexuais que não desejem se casar podem escolher entre a união livre e a parceria civil registrada, que, a seu turno, confere os mesmos direitos que o casamento no que tange ao patrimônio, direitos sucessórios, sociais.

A Holanda foi o primeiro país a reconhecer o casamento homossexual. Entretanto, o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo não produz o mesmo efeito jurídico, em face da filiação, que o casamento entre pessoas de sexo diferente.⁷⁸⁶

Desde a entrada em vigor da Lei de 1.04.2001 é possível a adoção pelo casal homossexual, limitada aos menores de origem holandesa ou que ali residam, assim como o acesso ao outro cônjuge da autoridade parental conjunta dos filhos de seu consorte, desde que só um deles exerça a autoridade parental, tenha o consorte estreita relação afetiva com o menor e seja preservado o melhor interesse da criança.É, portanto, possível a adoção de menor sendo este filho de seu consorte, ou não.

Em janeiro de 2002, entrou em vigor uma modificação do Código Civil, que atribui automaticamente o exercício da autoridade parental conjunta às pessoas de mesmo sexo que sejam casadas, se ao tempo do nascimento não possua outro genitor.

Porém, uma diferença substancial envolve a filiação oriunda do casamento entre pessoas do mesmo sexo e de sexo diferente.Quando realizado entre pessoas de sexo diferente, tanto o casamento quanto o partenariat geram presunção de paternidade, enquanto, envolvendo pessoas de mesmo sexo, a filiação só se dará mediante a adoção.⁷⁸⁷

Apesar de a lei holandesa autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a adoção conjunta não é permitida, ainda que as lésbicas possam ser inseminadas artificialmente.

⁷⁸⁶SUMNER, Ian. op. cit., p. 30-33.

⁷⁸⁷Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée. *Mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>.

Uma modificação no Código Civil que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1998 permite ao pai biológico partilhar a autoridade parental com pessoa engajada num partenariat, independente da orientação sexual do casal.

Outra alteração do Código Civil, que entrou em vigor em 1º de abril de 2002, comporta uma adaptação ao direito de família aos casais homossexuais: se houver o nascimento de uma criança durante o casamento, e tiver em face da lei só um genitor, a autoridade parental será automaticamente dividida entre este e seu cônjuge (parceiro).

A evolução legislativa do país permitiu assegurar a igualdade de cônjuges independente mente de seu *status* jurídico – casamento, parceria civil registrada ou união livre. Pretendeu-se assim, na medida do possível, equiparar o status dos casais homossexuais aos dos heterossexuais.

A parceria civil registrada no país concede benefícios fiscais, sociais e sucessórios às partes.⁷⁸⁸

No que tange à família formada pelo transexual, a lei holandesa de 24.4.1985 regulou as questões atinentes ao transexualismo, possibilitando as núpcias do transexual e deliberando que, após a cirurgia redesignatória, mantêm-se inalteradas as relações filiais, nem os direitos e obrigações oriundos dessa relação familiar (art. 29. d.2º do Código Civil), seguindo uma tendência do direito europeu; deve o paciente ser natural do país, ou estrangeiro com residência no país há pelo menos um ano, ser solteiro e incapaz de procriar.⁷⁸⁹

4.9. Direito Belga

Inspirado pelo desejo de promover a igualdade e a não-discriminação entre os sexos, o governo belga, inspirado na legislação holandesa, passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, após um processo legislativo bastante controverso.⁷⁹⁰

⁷⁸⁸Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée. *Mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>.

⁷⁸⁹LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. op. cit., p. 312; DEBET, Anne. op. cit., p. 329.

⁷⁹⁰ROMANO, Gian Paolo; GEEROMS, Sofie. La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé: de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l'alinéa 2 de l'article 46 du nouveau code. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49, p. 105.

Na Bélgica, desde o advento da Lei de 13.02.03, os homossexuais podem se casar. Antes dessa data a coabitação legal era prevista em lei desde 22.11.98, servindo para organizar vários aspectos da vida das parcerias homossexuais.⁷⁹¹

Tal como lecionam Gian Paolo Romano e Sofie Geeroms, a gênese dessa evolução de direitos adquiridos pelos homossexuais, teve lugar com as intensas manifestações e *lobbies* promovidos pelas entidades GLBTT, que junto aos partidos políticos- socialistas, verdes e liberais - lutaram fervorosamente para a obtenção dessa abertura à população homossexual, passando assim a constar a questão na pauta eleitoral dos diversos partidos políticos no país, até que em 1999 iniciou-se a elaboração de uma lei que regulamentasse a união entre pessoas do mesmo sexo.

Entrou em vigor em 1º de janeiro de 2000 a primeira lei que regulou a união homossexual, neste momento estabelecendo uma base mínima de direitos, mormente regulando a coabitação legal, extensiva a casais homo e heterossexuais.

Em 2001 foi apresentada uma proposta de lei sobre o casamento homossexual, que após algumas emendas entraria em vigor sob a forma da Lei de 13.2.2003, em 1º de junho do mesmo ano.⁷⁹²

Foram observados os mesmos impedimentos matrimoniais, assim como são aplicadas as mesmas regras quanto ao regime de bens. Foram apenas realizadas algumas alterações formais para tornar o instituto neutro do ponto de vista da orientação sexual dos nubentes.⁷⁹³

Entretanto, o casamento entre pessoas de mesmo sexo encontrava barreiras no tocante à filiação: a adoção conjunta não era possível, nem havia presunção de paternidade/ maternidade sobre o filho do outro consorte. Aumenta-se a requisição legal da diferença de idade entre adotante e adotado para fins de adoção (15 anos para casais homossexuais, dez anos para os heteros). A supressão desse direito aos homossexuais entrou em conflito com as deliberações do Conselho de Estado, que considerava a procriação como objetivo principal do casamento.

⁷⁹¹A Bélgica foi o segundo país do mundo a reconhecer o casamento homossexual – o primeiro foi a Holanda-, porém com certas restrições, ou seja, sem acesso à filiação, devido à imposição da coalisão social-cristã.

⁷⁹²ROMANO, Gian Paolo; GEEROMS, Sofie. op. cit., p. 106-107.

⁷⁹³Id. Ibid., p. 107-108.

Assim em 1.12.2005, um Projeto de lei visando possibilitar a adoção homoafetiva foi aprovado pela Câmara de Representantes. A lei, aprovada pelo Parlamento Federal belga, em 2.12.2005, pelo Senado em 20.4.2006, e sancionada pelo Rei Albert II em 18 de maio do mesmo ano, entra em vigor em 30.6.2006, outorgando aos homossexuais o direito de contrair matrimônio e de adotar conjuntamente.

Começou a ser autorizada no país a celebração de casamentos de homossexuais estrangeiros somente se em seu país de origem existir essa previsão legal. A nova legislação, aplicada desde outubro de 2004, autoriza o casamento no país desde que um dos nubentes tenha vivido pelo menos três anos em território belga. Segundo divulgação local na imprensa foram realizados 224 casamentos em território belga entre junho de 2003 e abril de 2004.⁷⁹⁴

Existe ainda a previsão legal de outras formas de união para casais, independentemente da orientação sexual: união livre ou coabitação legal, que cria um quadro jurídico reduzido, que regula no plano contratual os diversos âmbitos da vida comum, mas não confere direitos patrimoniais nem sucessório entre as partes.

Confere, outrossim, os mesmos direitos que o casamento em matéria social, bem como o direito real de habitação do imóvel comum no caso de morte.⁷⁹⁵

O reconhecimento do casamento homossexual dá-se de forma diferente na Bélgica e na Holanda. A abertura do casamento entre pessoas do mesmo sexo resulta da eliminação progressiva das diferenças de tratamento existente entre os casais na Holanda que não ocorre na Bélgica.

Existe no país a coexistência da coabitação legal e do casamento. Entrou em vigor em 1º de janeiro de 2000 a lei de 23 de novembro de 1998 que regula a coabitação legal, que permite aos casais homossexuais regulamentarem sua vida em comum através de uma convenção sem efeito sobre terceiros.

No que tange à família formada nos estados intersexuais, a Corte de Bruxelas pronunciou-se inicialmente, contrária à possibilidade da mudança de estado sexual e da consequente alteração do prenome no registro civil, por entender que a determinação do

⁷⁹⁴Fonte: MARIAGE homosexuel en Belgique. p.1. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homosexuel_en_Belgique>.

⁷⁹⁵Fonte: SÉNAT. Étude de Législation Comparée. *Mariage homosexuel*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>.

sexo da pessoa dá-se somente no momento do seu nascimento. Posteriormente, essa orientação veio a ser alterada, admitindo a redesignação sexual e registral.⁷⁹⁶

4.10. Outros países da comunidade europeia

Na lição de Maria Asunción Asín Cabrera, «a família europeia na atualidade é produto de um direito vivo, pluralista, igualitário, de cunho social, que se opõe à plasticidade e voluntarismo rigoristas do antigo modelo monolítico, patriarcal, sacralizado e legitimador».⁷⁹⁷

Em 2009, na Hungria, foi aprovada pelo parlamento, em 17/12/2007, uma lei que legaliza as uniões civis homossexuais, concedendo amplos direitos aos homossexuais mas só aplicável a partir de 1º de Janeiro de 2009. A nova lei regulamenta, além da união civil propriamente dita, a adoção de crianças, acesso à inseminação artificial e o uso do sobrenome do parceiro. Segundo estatísticas oficiais do governo da Hungria, há no país mais de 300 mil casais *gays*, o que representa 12% do total das famílias. Com essa lei, casais *gays* passam a ter direito à divisão nos bens, seguro social, pensão, herança e decisões sobre a saúde do companheiro.⁷⁹⁸

São realizadas parcerias civis também na Groenlândia, desde 1996; na Islândia, desde 1996; em Portugal, desde 2001; na Áustria, desde 2003; na Croácia, desde 2003; na Suíça, desde 2007. Este último, tal como leciona Andreas Bucher, apresenta um partenariat em muito análogo ao casamento em alguns pontos, como na dissolução judicial do partenariat e distante em outros, principalmente no que tange ao direito de adoção de menores ou o acesso à procriação medicalmente assistida, impossíveis no país. Impõe ainda a legislação suíça a como regime legal a separação de bens.⁷⁹⁹

⁷⁹⁶SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*, cit., p. 226-227.

⁷⁹⁷ASÍN CABRERA, Maria Assunción. op. cit., p. 83.

⁷⁹⁸Fonte: DIREITOS dos homossexuais pelo mundo. *Wikipedia*. Disponível em: <http://wikipedia.org/wiki/Direitos_dos_homossexuais_pelo_mundo>.

⁷⁹⁹BUCHER, Andréas. Le regard du législateur suisse sur le conflits de lois en matière de partenariat enregistré, cit., p. 142-143.

Inexiste o reconhecimento legal das parcerias homoafetivas em Liechtenstein, na Irlanda, na Grécia, na Polónia, na Eslováquia e nos demais países do leste europeu.⁸⁰⁰

Na análise da legislação e da doutrina dos países acima, podemos concluir, que muito embora se tratem de países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos, façam parte dos Organismos Internacionais de proteção aos direitos humanos, sejam ungidos aos princípios democráticos e principiológicos de respeito à dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação, entre outros, algumas diferenças podem ser apontadas quando da constituição da família por casais homossexuais e heterossexuais, principalmente no que concerne à filiação – natural ou civil-, tendo sempre em vista o melhor interesse da criança e da própria coletividade. O tratamento conferido pela lei não é isonômico, mas procura dirimir conflitos e diminuir diferenças, que impunham severas discriminações e injustiças, outrora embasadas no preconceito, desconhecimento ou intolerância, sem falar na força indelével dos costumes.

A crescente disseminação de leis protetivas aos homossexuais demonstra a crescente aceitação globalizada de que a família moderna encontra-se fincada muito mais no amor, no afeto do que em preceitos rígidos preestabelecidos ,seja da moral, seja da ética, seja dos costumes ou do próprio direito.

4.11. Posição do direito extracomunitário

Na América do Norte e Central dentre os onze países e territórios das regiões geográficas que compõem a região, um possui legislação que criminaliza as relações homossexuais (Belize), dois reconhecem a união civil em parte do seu território e outro por toda a sua extensão.

No Canadá há a previsão legal do casamento homossexual. A discriminação de gênero é protegida pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1995. Em 1999, vários direitos típicos de casais heterossexuais foram estendidos aos homossexuais. Em 28.6.2005, foi aprovada a lei que reconhece o casamento homossexual por todo o território

⁸⁰⁰Fonte: LGHT rights in Europe. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/LGHT_rights_in_Europe>.

canadense – Civil Marriage Act-, outorgando inclusive aos casais homossexuais o direito de adoção conjunta.⁸⁰¹

Nos Estados Unidos alguns estados adotaram a união civil, entre eles: Vermont – com previsão inclusive para adoção conjunta e Connecticut. Parceria doméstica: Califórnia, New Jersey, Maryland, Maine, Columbia, New Hampshire e Hawaii – onde a Suprema Corte, no caso *Baehr v. Lewin*, decidiu ser discriminação em face da orientação sexual a negação do reconhecimento da relação familiar homossexual, sendo esta, através do casamento civil, o elemento básico da estrutura social. Nos outros Estados, anteriormente citados, a parceria civil, denominada Domestic Partnership, regula os aspectos legais, aproximando os seus efeitos aos do casamento (inclui dependência em seguro médico, previdência social, direito de visita e permanência em hospitais, não inclui, por outro lado, o direito à adoção conjunta).⁸⁰²

O casamento homossexual é previsto em Massachusetts desde 17.5.2004, pois entende a Suprema Corte Estadual que recusar o casamento homossexual violaria os princípios de liberdade e igualdade previstos constitucionalmente. A primeira decisão nesse sentido foi advinda do caso *Goodridge v. Dept. of Public Health* e desencadeou violentas manifestações pró e contra o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo; posteriormente veio reconhecido o direito à adoção conjunta. O Estado é considerado o mais tolerante do país em direitos GLBTT.

Deve-se ressaltar, tal como prevê Ellen Ann Andersen, que “a maioria dos americanos é aberta à questão da parceria civil homossexual, mas não do casamento – ainda adstrito aos casais formados por componentes do sexo oposto”.

No entanto, adotar um estatuto separado para os homossexuais, só faz perpetuar a exclusão e a diferença, que se antagoniza com os princípios de igualdade e liberdade adotada pela Constituição americana.⁸⁰³

Encontra-se atualmente em litígio a efetivação da regulamentação do casamento civil na Califórnia. A possibilidade de contrair casamento civil confere ao casal homoafetivo direitos iguais aos do casal heterossexual, entre eles destaca-se o direito à

⁸⁰¹ WINTEMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights*, cit., p. 154.

⁸⁰² BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, moral and justice: a theory of lesbian and gay rights law*, cit., p. 46; HERTZ, Frederick. *Legal affairs: essential advice for same-sex couples*, cit., p. 43.

⁸⁰³ ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets and into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation*, cit., p. 220-221.

parentalidade, custódia conjunta do menor, direitos previdenciários, familiares e sucessórios.⁸⁰⁴

Além de Massachusetts, Connecticut e Iowa (em 3.4.2009 a Suprema Corte do Estado considerou que a lei estadual que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo, viola os direitos constitucionais de gays e lésbicas) permitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A situação legal do homossexual não é homogênea em território americano. Alguns estados protegem a diversidade sexual e a identidade de gênero, garantindo direitos ao casal homossexual, inclusive o casamento; outros protegem apenas a orientação sexual, adotando pela lei práticas descriminalizantes de homofobia e incentivo à tolerância e à inclusão social e outros ainda não prevêm em suas Constituições políticas descriminalizantes da homofobia (alguns distritos de Wiomming, Oregon, Idaho, entre outros).⁸⁰⁵

Em relação à família formada nos estados intersexuais, nos Estados Unidos, devido ao fato de que cada Estado possui o poder de legislar sobre saúde pública, e em especial, sobre o transexualismo, como aduz Elimar Szaniaswki, encontra-se uma diversidade de situações em relação ao transexual redesignado e, conseqüentemente a alteração de seu estado, de seu prenome, e por via de consequência, sua conjugalidade.

Podem, entretanto, os transexuais em solo americano realizar a cirurgia redesignatória e alterar seu assento registral, a partir da alteração de normas já vigentes, com exceção dos Estados de Illinois, Arizona, Louisiana e Califórnia, que possuem leis específicas para o tema, promulgadas em 1961, 1967, 1968 e 1969, respectivamente.

Nos Estados acima mencionados, o transexual redesignado recebe novo documento de identificação, no qual deve ser omitida a inscrição do seu sexo originário, visando assim a sua plena inserção social.

Nos demais Estados americanos, a admissibilidade de retificação de assento registral advém de regulamentos administrativos.

Em princípio inexistente no direito americano qualquer impedimento para que o transexual redesignado venha a contrair matrimônio com pessoa de diverso sexo psíquico,

⁸⁰⁴HERTZ, Frederick. op. cit., p. 45-46.

⁸⁰⁵ROBSON, Ruthann. *Gay men, lesbians and the law*, cit., p. 17-19, 44.

resguardada a necessidade de informar o outro nubente do fato, sob risco de anulabilidade do ato, baseado em erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge.⁸⁰⁶

O México, embora não adote previsão legal para o tema, possui medidas protetivas para as práticas discriminatórias.

Cuba não reconhece a união civil. Entre 1960 e 1970, os homossexuais eram mandados para campos de concentração. Cubanos que contraíssem AIDS até 1993 sofriam discriminação. Atualmente, os atos privados entre homossexuais não são considerados crimes, mas subsiste a proibição dos afetos públicos constituindo “insulto sexual”.⁸⁰⁷

No entanto, existe em Cuba, na atualidade, uma campanha, liderada pela filha de Raul Castro, pela igualdade de gênero e consequente reconhecimento dos direitos de homossexuais e transexuais, que visa a aprovação pelo Parlamento cubano de um projeto de lei que modificaria o atual Código de Família, introduzindo a instituição de um modelo familiar formado por homossexuais e transexuais, além de incluir entre os procedimentos de saúde pública a cirurgia redesignatória.⁸⁰⁸

Na América do Sul, dentre os quatorze países e territórios da região, um possui legislação que criminaliza as relações homossexuais masculinas (Guiana – prisão perpétua), dois possuem legislação que reconhece a união civil homossexual em parte de seu território (Argentina – protege a discriminação e adota a união civil em Buenos Aires e na Província do Rio Negro e Brasil, onde no Rio Grande do Sul a construção jurisprudencial vem se mostrando bastante favorável ao reconhecimento da união civil. Quanto à proteção da discriminação, esta é prevista em apenas algumas cidades e Estados (as demais localidades não possuem legislação específica que proteja as minorias sexuais); e dois por toda a sua extensão (Guiana Francesa – PACS e Ilhas Malvinas).

Equador, Uruguai, Venezuela não punem a prática homossexual e apresentam legislação protetiva à discriminação.

O Uruguai tornou-se o primeiro país latino-americano a aprovar uma lei sobre a adoção de menores por homossexuais. A aprovação no Senado foi de 17 votos a favor dos

⁸⁰⁶SZANIAWSKI, Elimar. op. cit., p. 209-213.

⁸⁰⁷Fonte: HOMOSSEXUALIDADE no Caribe. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_no_Caribe>.

⁸⁰⁸Fonte: FOLHA online. p. 1. Disponível: <<http://www1.folha.uol.com.br>>.

23 presentes (sendo 31 senadores no total). A medida gerou grande conflito entre o governo, a oposição e a Igreja católica, que se opôs fortemente à esta.⁸⁰⁹

Bolívia, Chile, Colômbia, Paraguai, Suriname não punem a prática homossexual nem tão pouco apresentam legislação protetiva frente ao tema, estando esta em tramitação no Peru.⁸¹⁰

A Argentina autorizou, desde maio de 2003, na província de Buenos Aires e na de Rio Negro e, desde 2007, na província de Vill Carlos Paz, a união civil de casais homossexuais, igualando-lhes em muitos termos aos casais heterossexuais, salvo discussões sobre a possibilidade de herança e adoção conjunta de menores.

No Oriente Médio, a práxis é diferente. Dos quatorze países e territórios da região, onze possuem legislação que criminaliza as relações sexuais entre pessoas do mesmo gênero, dos quais quatro autorizam a pena de morte ou deportações (Arábia Saudita, Emirados, Iêmen, Irã – país ultra homofóbico. A execução mais recente ocorreu em 2005).

No Iraque, o Código Penal havia sofrido emendas em 2001 para possibilitar a pena de morte. A ocupação americana restaurou o Código em sua versão original de 1969 que não continha o dispositivo.

Outros países adotam multas pesadas, prisões ou mesmo chicoteamento (Barhein, Qatar, Kuwait, Líbano, Omã, Síria).

No Líbano, existe atualmente uma mobilização para a legalização das relações homoafetivas privadas; na Síria, já são vistos alguns casais homossexuais em lugares públicos. Na Jordânia, apesar de a homossexualidade não ser discriminada, relatórios mostram que os homossexuais podem ser executados em “crimes de honra”.

Israel adota a união civil de fato, protege a discriminação e por isso recebe egressos de toda a região palestina.⁸¹¹

Na esteira dos países do Oriente Médio encontram-se os asiáticos, onde são presentes leis que autorizam a criminalização da prática homossexual masculina (Bangladesh, Brunei, Índia, Malásia, Myanmar, Paquistão, Singapura, Sri-Lanka, Butão) ou mesmo adota-se a pena de morte (Chechênia).

⁸⁰⁹Fonte: O ESTADO de S. Paulo, São Paulo, 19 set. 2009. p. A23.

⁸¹⁰Fonte: HOMOSSEXUALIDADE na América do Sul. p. 1-3. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_America_do_Sul>.

⁸¹¹Fonte: HOMOSSEXUALIDADE no Oriente Médio. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_no_Oriente_Médio>.

No Afeganistão, apesar de a homossexualidade ser ilegal, a pena de morte, imposta pelo regime do Talebã, não é mais utilizada.

O único país que embora não reconheça a união civil protege e discriminação da prática homossexual é o Japão – desde 2001 em observação ao AD in Human Rights Act.

Embora no Japão não seja permitido duas pessoas do mesmo sexo casarem-se o governo de Tóquio prepara-se para reconhecer os cidadãos que casem em país onde esta união seja permitida.

Dirigentes dos grupos que lutam pelos direitos dos GLBTT no Japão já manifestaram a sua satisfação por esta medida, dizendo que se trata de um passo em frente no reconhecimento dos direitos humanos, e em específico os direitos da população GLBTT japonesa.⁸¹²

Filipinas e Camboja ensaiaram a adoção de uma legislação abrangente ao tema, que sofreu veto.⁸¹³

No continente africano, a união homossexual só tem reconhecimento na África do Sul, cuja Constituição pós-apartheid, estende os mesmos direitos do casamento (tanto na versão provisória de 1993, quanto na versão final da Lei de Direitos Cíveis de 1996) representando um grande avanço internacional.⁸¹⁴

A prática homossexual é tolerada entre maiores de idade em pouquíssimos lugares: Burkina Faso, Gabão, Gana, Chad (21 anos), Ruanda (18 anos). Em outros países foram discriminizadas, sem referência etária: Guiné, Congo, Rep. Centro-Africana, Cabo Verde, Costa do Marfim, Guiné-Bissau, Rwanda, Madagascar, Ilhas Reunion (onde vigora o pacs).

Em países de tradição muçulmana a prática é punida com a morte. A proteção da discriminação é presente na África do Sul, Namíbia – emenda no Código de Trabalho desde 1992 e Serra Leoa.⁸¹⁵

⁸¹²Fonte: CASAMENTO Civil. *Wikipedia*. Disponível em: <http://casamentocivil.org/casamento_civil/news.asp>.

⁸¹³Fonte: HOMOSSEXUALIDADE na Ásia. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_na_Asia>.

⁸¹⁴A Constituição Sul-Africana, garante a proteção aos direitos humanos, notadamente no direito a uma vida sexual livre. Em maio de 2007, houve a Primeira Conferência Pan-Africana da população GLBTT em Johannesburgo, para a discussão de seus direitos, visando principalmente erradicar a homofobia e a discriminação feminina em duas vertentes: a de gênero e a homofóbica. Contou com a participação de ativistas de quinze países africanos.

⁸¹⁵Fonte: HOMOSSEXUALIDADE na África. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_na_Africa>.

As práticas homossexuais femininas são toleradas no Quênia, em Uganda e na Nigéria, em regiões onde não incide a sharia.

No Zimbábue, a homossexualidade masculina é definida como corrupção moral, em face dos valores reconhecidos pela tradição africana no país.⁸¹⁶

Na Oceania, o panorama da aceitação da prática homossexual não é mais animador. Entre os vinte países e territórios da região, doze possuem legislação que criminaliza as relações homossexuais, dez dos quais punem apenas os relacionamentos entre homens.

Na Austrália, há a possibilidade de parcerias domésticas em todos os estados, com exceção da Austrália do Sul e Victoria. O casamento entre pessoas do mesmo sexo foi proibido por uma determinação federal. Mesmo assim, a Tasmânia propôs a legalização do casamento homossexual desde 2005. A Nova Zelândia adota a união civil desde 2004, cujo projeto está em tramitação também na Nova Caledônia.⁸¹⁷

Desta forma, podemos concluir que a crescente disseminação de leis protetivas aos homossexuais demonstra a crescente universalização dos direitos humanos, e, com este, a valorização da dignidade da pessoa humana, respeitando a sua rica diversidade. Em muitos países a globalização e a conseqüente disseminação de valores e experiências mostram que a família moderna encontra-se, na contemporaneidade, fincada muito mais no afeto do que em preceitos rígidos preestabelecidos, seja da moral, seja da ética, seja dos costumes ou do próprio direito.

Podemos concluir, em face do exposto, que nos últimos anos os estatutos legais das uniões desmatrimonializadas se multiplicaram na Europa e em outros países ocidentais. Entretanto, pode-se perceber que estes estatutos são marcados pela diversidade, alguns em muito assemelhando-se ao casamento, outros mais unidos ao mundo contratual, outros abertos aos cidadãos em geral, independente da orientação sexual, outros destinados aos homossexuais por expressa determinação legal.

Criou-se, assim, um amplo quadro jurídico que possibilita diversas alternativas para a vida conjugal, agora unida a uma menor rigidez conceitual e mais amparada no uso das liberdades individuais e respeito aos direitos humanos.

⁸¹⁶BAMFORTH, Nicholas. op. cit., p. 112.

⁸¹⁷Fonte: HOMOSSEXUALIDADE na Oceania. Wikipedia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_na_Oceania>.

Desta forma, visualizamos, para pensar com Hugues Fulgiron, que “não existe um consenso jurídico que possibilite equilibrar toda a legislação internacional sobre essa instituição. Visto nesse ângulo percebe-se que o *partenariat* é múltiplo, enquanto o casamento é uno”.⁸¹⁸

Entretanto, mesmo diante desse avanço em matéria de respeito aos direitos e liberdades individuais, evidenciando-se o respeito às diferenças, enfatizando a tolerância e o diálogo internacional, o reconhecimento da família formada por pessoas do mesmo sexo avança a passos largos em algumas regiões e, ao mesmo tempo, permanece estagnado no tempo, em outras.

Acreditamos, porém, que a tendência natural do pensamento científico e jurídico conduzirá a disseminação da internacionalização dos direitos dos homossexuais e transgêneros, traduzindo-se na promulgação de leis regulamentadoras das uniões homoafetivas, seja via *partenariats*, seja através do casamento, conforme a melhor adequação ao quadro cultural local.

⁸¹⁸FULCHIRON, Hugues. *Pacs et partenariats enregistrés en DIP français*, cit., p. 85.

5. SUGESTÕES LEGISLATIVAS

5.1. Proposta de Emenda à Constituição Federal – alterando os artigos 3º e 7º da Constituição Federal

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art.1º- É conferida nova redação ao inciso IV do art.3º da Constituição:

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

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça,sexo,orientação sexual ou identidade de gênero,cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Art.2º - É conferida nova redação ao inciso XXX do art.7º da Constituição:

“Art.7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, idade, cor ou estado civil”.

5.2. Proposta de Emenda à Constituição Federal alterando o artigo 226 da Constituição Federal

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do artigo 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao artigo 226 texto constitucional:

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

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

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

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre duas pessoas independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, quando convolado entre o homem e a mulher.

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelos cônjuges ou companheiros.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 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.

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

5.3. Projeto de Lei de regulamentação da união estável para pessoas do mesmo sexo **Lei nº 0001/09**

As relações de convivência de fato, baseadas no afeto, são expressões genuínas da natureza humana e possuem uma importância destacada no desenvolvimento da sua personalidade, estabelecida pela Constituição Federal como um dos objetivos do Estado.

Tendo em vista os valores da sociedade contemporânea e o momento histórico vigente, que reconhece diversos modelos de convivência, em consonância com os valores destacados do ordenamento jurídico, que permite a inclusão de novas formas de composição familiar isenta de qualquer menção de cunho discriminatório.

Vem o presente Projeto de lei propor a regulamentação do direito de companheiros independente de orientação sexual ou identidade de gênero, de constituir união estável.

Art.1. Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre duas pessoas independente de orientação sexual ou identidade de gênero.

Art. 2. Tendo em vista os princípios elencados em nossa Carta Magna, encontram-se revogados parcialmente os artigos 1723 e 1724 do Código Civil, que passarão a ter a seguinte redação:

Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas independente de sua orientação sexual, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art.1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art.1523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1724. As relações fáticas não eventuais entre duas pessoas, impedidas de casar, constituem concubinato.

Art 3. Estão assegurados aos companheiros homossexuais, direitos sucessórios, nos termos do artigo 1790 da Lei civil.

Art.4. Em matéria de filiação, está assegurado o direito de adoção, nos termos dos artigos 1618 a 1629 do Código Civil.

§ 1º Poderá ainda, mediante requerimento do interessado, proceder-se à adoção do filho de seu companheiro, tendo em vista o melhor interesse da criança, nos termos do artigo 1625 do Código Civil.

§ 2º São direitos assegurados aos pais adotivos homossexuais:

- I- a guarda;
- II- a convivência;
- III- a reprodução medicalmente assistida;
- IV- o estabelecimento da homoparentalidade socioafetiva.

§ 3º Reconhece-se o direito à posse do estado de filho nas relações filiais homoparentais.

Art. 5. Reconhecem-se plenamente os direitos previdenciários aos conviventes homossexuais e sua prole.

Art. 6. Equipara-se de pleno direito a união estável constituída entre pessoas do mesmo sexo ou com sexos diferentes nos termos desta lei.

Art. 7. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art.8. Revogam-se disposições em contrário.

5.4. Projeto de Lei de Identidade de gênero. Lei n. 0002/09

No que tange à família formada pelo transexual, entendemos que existe a necessidade de se regular por lei alguns aspectos jurídicos atinentes à transexualidade.

A transexualidade, considerada como uma alteração da identidade de gênero, tem sido amplamente estudada pela medicina, pela psicologia e pelo direito e representa uma realidade social que requer expressa regulamentação legal na atualidade, graças ao veemente desrespeito aos direitos humanos que traduz.

A partir do diagnóstico de transexualidade, estará o paciente, desde que maior, capaz e mediante expresso consentimento informado, apto a ser submetido à cirurgia de redesignação sexual nos termos da Resolução n.1652/02 do Conselho Federal de Medicina.

A presente lei tem por objetivo regular os requisitos necessários para alterar o assento registral de um indivíduo quando aquele não for fiel aos fatos apresentados.

De acordo com a regulação que se estabelece nesta lei, a retificação registral do sexo e do nome seguem a alteração já produzida com a disforia de gênero, de maneira que sejam resguardadas a segurança jurídica e as exigências de interesse geral.

Art. 1. Diagnosticada a presença de síndrome transexual, mediante avaliação de equipe multidisciplinar nos termos da Resolução n.1652/02 do CFM, autoriza-se, nos termos da presente lei, a realização de cirurgia redesignatória de paciente transexual, observados os requisitos:

- I- ser o requerente maior e capaz nos termos da lei;
- II- estar presente o expresso consentimento livre e informado;
- III- ter convivido como sendo do sexo oposto por no mínimo dois anos;
- IV- apresentar ausência de qualquer característica física que desaconselhe o procedimento;
- V- indicação cirúrgica curativa por junta médica especializada;
- VI- ausência de qualquer outro transtorno mental;
- VII- ser o requerente solteiro, viúvo ou divorciado, a fim de que o procedimento venha a causar o mínimo dano à integridade psíquica da família constituída originariamente.

Art 2. Em observância ao artigo anterior da presente lei, descaracteriza-se como crime de lesão corporal nos termos do artigo 129, §1º,III e § 2º,III e IV do Código Penal, revogando-se estes quando se tratar de realização de cirurgia redesignatória em transexual, devidamente diagnosticado e tendo sido observados todos os procedimentos necessários para tal ato, desde que tenha este sido realizado mediante requerimento expresso do interessado.

§ único. O artigo 129 do Dec-lei n.2848 de 7.12.1940 - Código Penal passa a vigorar com o acréscimo do § 9º cuja redação se segue: Não constitui crime de lesão corporal a intervenção cirúrgica curativa que procedeu a ablação de órgãos genitais e partes do corpo realizada em indivíduo transexual, devidamente observados os procedimentos designados nos termos da presente lei.

Art.3. Pode se beneficiar dos ditames da presente lei todo brasileiro, maior e capaz para solicitar a retificação da menção registral do sexo.

§ único. A retificação do sexo mediante diagnóstico de transexualidade, garantirá automaticamente a retificação do assento registral do nome próprio da pessoa, a fim de que se adequem aparência externa e interna do indivíduo, mediante requerimento do interessado, passando este a gozar plenamente dos direitos e deveres que serão advindos do seu novo estado sexual.

Art. 4. A retificação do registro civil obedecerá às disposições da lei 6015 de 31.12.73, cujo artigo 58 § 2º passará a vigorar com a seguinte redação: será admitida a mudança de prenome decorrente da realização de cirurgia redesignatória de transexual visando a alteração de seu sexo

originário adequando-se ao seu sexo psíquico, ou mediante sentença judicial, quando da não realização desta.

§ único. A indicação do novo nome a ser adotado, deverá constar do termo inicial da petição, observadas as disposições constantes da lei de registros públicos.

Art.5. A retificação registral da menção do sexo dar-se-á quando:

I- tenha sido diagnosticada a disforia de gênero, mediante a sujeição do solicitante ao diagnóstico realizado por uma equipe multidisciplinar;

II- Seja essa disforia de gênero persistente e ausentes quaisquer outras manifestações de transtornos de personalidade que possam condicionar o diagnóstico referido no inciso anterior;

III- Tenha sido a transexualidade tratada por no mínimo dois anos, visando a adaptação do solicitante ao sexo designado. O laudo conclusivo final deverá ser apresentado pela equipe multidisciplinar que acompanhou o solicitante e ratificado por um médico forense especializado a ser indicado pelo juiz;

IV- Não será necessário para a efetuação da alteração registral que o solicitante tenha sido submetido à prévia cirurgia redesignatória, bastando o diagnóstico referido no inciso I do presente artigo.

Art.6. A sentença que conceder a retificação registral do sexo em caso de transexualidade terá efeitos constitutivos a partir de sua inscrição no registro civil.

§ 1º. A retificação registral permitirá ao solicitante exercer todos os direitos inerentes à sua nova condição.

§ 2º. A redesignação do sexo e do nome não alterará a titularidade dos direitos e obrigações jurídicas correspondentes ao solicitante anteriormente à inscrição da alteração registral.

Art.7. O encarregado do registro civil notificará de ofício a alteração do sexo e do nome do solicitante às autoridades e organismos que regulamentarmente se determine.

§ único. A alteração do sexo e do nome importará na expedição automática de novos documentos de identidade ajustados à inscrição registral retificada mediante petição do interessado. Conservar-se-ão os mesmos números das inscrições anteriores.

Art.8. A retificação registral e a menção relativa ao sexo da pessoa será averbada em sua certidão de nascimento, sendo vedada a publicidade sem autorização especial, devidamente qualificada.

Art.9. Permanecem inalterados os direitos e deveres em relação aos filhos havidos anteriormente à alteração registral.

Art.10. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art.11. Revogam-se as disposições em contrário.

6. CONCLUSÃO

A família pode ser definida como o conjunto de pessoas ligadas pelo casamento, pela união estável ou pelo parentesco, decorrendo este da consanguinidade, da adoção ou da socioafetividade. Reunidos esses elementos surge a relação jurídica familiar, objeto de normas cogentes.

Numa ótica evolucionista podemos concluir que o conceito de família sofreu grandes alterações intrínsecas oriundas do desenvolvimento das ciências, da tecnologia e dos costumes, a partir dos quais a legislação amplia seu caráter protetivo obedecendo a uma realidade fática, contemporânea, que traduz o novo perfil que a família tem assumido atualmente, evidenciando a primazia do indivíduo nas relações familiares, o valor da afetividade, o respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais.

1. O conceito de família expandiu-se na pós-modernidade para além da família tradicional oriunda do casamento, alcançando outras formas, que protegendo a identidade do ser humano, adquirem um caráter eminentemente social.

Nas sociedades primitivas, as primeiras manifestações de família formaram-se com base no instinto sexual. O direito romano conheceu uma estrutura familiar com acento fortemente patriarcal, onde o casamento era monogâmico e heterossexual, e o consenso representou o seu elemento mais significativo. O período medieval introduziu na família uma forte influência religiosa, que se externou pela indissolubilidade do vínculo matrimonial, a imperatividade da dualidade de sexos e a necessidade de procriação. O direito moderno passou a regular o casamento civil, fazendo surgir um caráter mais individualista na família, que propiciou o surgimento de outras modalidades de família – a nuclear e a monoparental. Na pós-modernidade, fruto de intrínsecas reformulações conceituais, sociais e tecnológicas, o hedonismo e a desconstrução permitiram o amadurecimento de novas formas de família baseadas no afeto e na identidade pessoal, tendo em vista as preferências valorativas individuais, onde vêm se destacando cada vez mais as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo ou nos estados intersexuais. Convivem, assim, lado a lado, marcadas pelo pluralismo, diversas modalidades de família, que respeitam as particularidades de componentes, seus valores, necessidades, possibilidades e potencialidades.

2. A evolução constitucional da família evidenciou o seu caráter de democratização, que, redimensionando o núcleo familiar, reconhece direitos às diferentes modalidades de família, amparado nos princípios de igualdade, liberdade e não discriminação, tendo em vista a valorização suprema da dignidade da pessoa humana.

Ao lado do casamento, que por séculos instituíra a família então denominada legítima, ampliou a Constituição Federal, em 1988, o conceito de família em reconhecer a união estável e a monoparentalidade como entidades familiares, e proporciona, ainda, através da interpretação dos seus princípios e o respeito aos direitos fundamentais, os primeiros rudimentos, na realidade brasileira, da formação da família homossexual e da família formada nos estados intersexuais.

3. A função social da família pode ser entendida como o princípio básico de proteção da vida privada e familiar do homem, bem como a socialização de seus membros, onde o afeto, a segurança e a estabilidade viabilizam o desenvolvimento psicossocial do cidadão, resguardando, ainda, os aspectos patrimoniais, todas as funções vitais para a existência humana.

4. A natureza jurídica da família traduz-se como normas de ordem pública que regulam as diversas formas de composição das entidades familiares e seus reflexos na prole visando a segurança e a higidez da sociedade. Na atualidade, é crescente a diminuição da intervenção estatal na família em concorrência com uma predominante contratualização das matérias familiares.

5. O direito à formação familiar interliga-se intimamente aos direitos da personalidade, pois através desta garantem-se direitos subjetivos ínsitos à pessoa humana, de onde aflui o próprio direito à vida, à individualização da pessoa natural, o direito ao nome, ao lar, o direito à intimidade, o direito à saúde, à segurança, o direito à convivência social e ao recato individual e familiar

Preconiza-se, na pós-modernidade, o respeito às preferências valorativas individuais, às necessidades e potencialidades do ser humano, que se manifestam no equilíbrio psicofísico do homem.

Entre os direitos subjetivos ínsitos à pessoa humana, ao lado do direito à intimidade, à liberdade, à convivência familiar, encontram-se o direito à identidade de gênero e à identidade sexual, que manifestam profundos reflexos na formação da família contemporânea, uma vez que se ligam ao direito à autodeterminação sexual do indivíduo e

geram importantes desmembramentos na composição familiar, no direito à parentalidade, à biparentalidade e às consequências patrimoniais, sucessórias e assistenciais decorrentes, a possibilidade de adoção ou de gestação – natural e substituta –, observadas na atualidade a função social da família.

O direito à liberdade manifesta-se na formação familiar, no sentido de outorgar aos indivíduos o direito de ungir-se a determinada entidade familiar, ao planejamento da prole, o acesso às diferentes vias de filiação – natural, adotiva ou decorrente de assistência às técnicas de reprodução assistida.

Entendemos que os direitos da personalidade traduzem as emanções mais íntimas da pessoa humana, possibilitando a sua autodeterminação, a elucidação dos seus valores mais íntimos, a sua maneira particular de existir, suas crenças e seus valores, sua forma de se demonstrar na sociedade em que vive. Consiste plenamente na sua própria individualidade, vivida e ampliada na família.

6. O estado é a soma das qualidades distintivas do homem na sociedade em que vive. Ao lado do estado individual, o *status familiae* apresenta-se como importantíssimo agente de identificação da pessoa natural. Na visão contemporânea do homem como detentor de direitos inatos, protegidos pela legislação pátria de diversos países e pelos tratados internacionais ratificados, temos a questão de gênero, na pauta do dia para o estabelecimento de novas relações identificadoras do ser humano que possibilita o estabelecimento de novos vínculos familiares com sofisticados desdobramentos para as questões relativas à filiação biológica ou artificial, ao acesso ao patrimônio familiar, ao nome de família ou à obtenção de nacionalidade.

7. A tutela dos direitos humanos foi uma criação histórica que evoluiu, alterando sua postura paradigmática centrada na persecução da liberdade para alcançar a proteção da dignidade individual da pessoa humana.

O direito à liberdade, igualdade e não discriminação, assim como a proteção da dignidade humana, são os fundamentos que estruturam o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade, compatível com o pluralismo e a laicidade requeridas pelas sociedades contemporâneas.

A homossexualidade, a transexualidade e a intersexualidade não são escolhas pessoais, nem doenças, mas, sim, são oriundos de um estado complexo de gênese multifacetada, que na prática demandam proteção no âmbito dos direitos humanos.

A definição de sexo, identidade de gênero e orientação sexual representam três esferas distintas de expressão sexual ou vivência social do ser humano. Logo, respeitar a diversidade sexual significa recepcionar a diferença, a pluralidade humana, contribuindo para o estabelecimento de uma sociedade livre e solidária.

O aumento da visibilidade da problemática da população GLBTT faz com que gradativamente uma atenção mais significativa por parte da sociedade e da comunidade internacional seja-lhes conferida, atuando conjuntamente, visando coibir a violação dos direitos humanos dessa parcela da população.

A homofobia é um problema que atinge todas as sociedades e classes sociais. É perpetuada pela anuência dos costumes, pela opinião pública, pela influência religiosa, agravada pela ausência ou recusa das autoridades em reconhecer a violência homofóbica como sendo um delito penal, a ser punido pela legislação nacional, como uma violação dos direitos humanos.

A discriminação sexual resiste na contemporaneidade, embora haja nítidos sinais de luta contra o preconceito e a desinformação, que acomete o homossexual e os transgêneros.

A defesa dos direitos sexuais na perspectiva dos direitos humanos aponta para a possibilidade do livre exercício da sexualidade, criando bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas presentes nesse domínio.

O Brasil, na esteira de outros países, vem lutando para vencer a guerra contra o preconceito, visando fortalecer o Estado democrático de direito e promover o desenvolvimento social global, pois vêm lutando os homossexuais e transgêneros pela assunção do *status familiae* em seus relacionamentos afetivos, assim como a plena inserção em todos os aspectos da vida civil.

8. Na atualidade, coexistem diversas modalidades de família reconhecidas pelos Diplomas legais: a família casamentária, que advém do casamento válido, observados os requisitos formais para sua existência e validade, que ganhou roupagem nova na pós-modernidade, uma vez que, segundo a escala valorativa atual, os cônjuges visam autorrealizar-se mutuamente com amor e liberdade, que se traduz desde a durabilidade do matrimônio em si, da escolha do regime de bens, da escolha ou não pela procriação, da organização paritária da sociedade conjugal; a família formada na união estável, passou a ter proteção constitucional como entidade familiar, apresentando uma equivalência com o casamento no que tange a aspectos afetivos e patrimoniais, guardando a noção de

compromisso, de múta assistência, observados impedimentos para sua constituição e amparo material dos seus componentes; a família monoparental, é formada por apenas um dos genitores e sua prole, tem previsão constitucional e tornou-se cada vez mais presente na pós-modernidade, oriunda de diversos fatores que passam pela viuvez, pela separação ou divórcio, pela liberdade procriativa, ensejando muitas vezes questionamentos bioéticos.

9. A família homoafetiva, ainda sem expressa regulamentação legal, representa uma realidade fática cada vez mais expressiva na pós-modernidade.

Tendo em vista a evolução dos costumes e do avanço legislativo mundial, legítima é a formação da família por pessoas do mesmo sexo, nos moldes do que já se é possível encontrar em diversas legislações estrangeiras.

Entendemos, entretanto, que no modelo brasileiro, em face das peculiaridades culturais que apresenta, não há, no momento atual, espaço para o reconhecimento do casamento homossexual, pois a igualdade de sexos continua sendo um impeditivo muito forte no consciente coletivo nacional. Acreditamos que a sedimentação dos direitos civis dos homossexuais via decisões jurisprudenciais, somado à alteração dos artigos 3º, 7º e 226 § 3º da Constituição Federal e dos artigos 1723 a 1727 do Código Civil que regulam a união estável, podem levar ao reconhecimento do *status familiae* para as relações homossexuais, no plano da união estável, conferindo-lhes proteção legal.

Pensamos que padece de sentido, na pós-modernidade, forçar uma regulação legal das relações homoafetivas através de parcerias civis registradas, que, unidas ao universo obrigacional, não concedem aos pares homossexuais o reconhecimento de família, pois o objetivo central das discussões doutrinárias, avanços jurisprudenciais e alterações legais não é aplacar as reivindicações das entidades GLBTT, concedendo determinados efeitos patrimoniais aos pares homossexuais, e conservar o modelo dogmático do antigo direito de família, mas alterar o entendimento doutrinário e conferir efetivamente uma nova proposição legal para reconhecer as relações homoafetivas como modalidades de família.

Posicionamo-nos pela nítida concessão do *status familiae* ao par homossexual, inicialmente através da constituição de união estável, tendo em vista a presença da *affectio*, da estabilidade e da publicidade de sua convivência afetiva, nos mesmos moldes da união estável heterossexual. Ademais, crescente é a aceitação social das uniões homossexuais, cujos efeitos são cada vez mais reconhecidos pelo judiciário, dada a atuação dos órgãos

representativos da comunidade GLBTT, visando o respeito aos direitos humanos, e a observância dos princípios constitucionais.

Entendemos também não ser pertinente forçar sua inserção do reconhecimento da família homoafetiva através de mecanismos que ainda manifestamente não tem plena aceitação social, como o matrimônio homossexual.

A plena aceitação sociológica da pluralidade nas relações familiares nos parece o melhor caminho a ser trilhado rumo ao reconhecimento da igualdade dos relacionamentos hétero e homoafetivos, submetendo o tema à opinião pública.

Quanto à possibilidade de adoção por homossexuais, entendemos, que em nada obsta o seu reconhecimento, pois através de dados observados no correr do estudo em tela, nenhum prejuízo comportamental, ambiental, cognitivo ou de socialização é imputado aos menores, em virtude da orientação homossexual dos pais adotivos.

Para dirimir todas essas questões polêmicas que tanto debate vem suscitando na atualidade, sugerimos a elaboração da Lei de união estável homossexual, que concederá aos pares homossexuais os mesmos direitos já concedidos aos pares que vivam em união estável, independente de sua opção sexual.

10. No que tange à família formada nos estados intersexuais, o transexual, indivíduo portador de grande desvio psicológico que lhe importa uma inadequação ao seu sexo originário, tem em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana o direito de adequar sua genitália ao seu sexo social, que se configura como seu mais distinguido elemento identificador.

Desta sorte, entendemos pelo efeito curativo da cirurgia redesignatória, e a conseqüente alteração registral de seus documentos, pois traduz-se o direito à identidade real à essência da personalidade do transexual.

Adequando-se exterior e interior, valorizando-se o sexo social do indivíduo, entendemos que este torna-se apto ao casamento e à adoção, pois, uma vez redesignado, estaria de posse de todos os atributos do novo gênero.

Para que a sua inserção social seja efetivada, necessária é ainda a edição de uma Lei de identidade de gênero que lhe pacificasse os direitos em nome dos direitos humanos e das liberdades individuais do cidadão.

Da mesma forma entendemos que, para o intersexual, uma vez sanada a intersexualidade, acomodando-se a genitália interna e externa, harmonizando desta forma o sexo biológico, o social e o jurídico, nada obsta-lhe à realização do casamento válido, e a conseqüente formação de família.

11. Na atualidade, vemos que cada vez mais países vêm introduzindo em seu quadro legislativo as uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, sendo na forma de casamento, numa visão mais arrojada, sendo na forma de união estável ou parcerias civis registradas, numa visão mais conservadora, embora entendamos que estas vêm sendo aceitas como verdadeiros casamentos, onde prevalece o desejo da vida em comum em detrimento de convenções sociais já um tanto superadas.

Podemos assim concluir que a regulamentação da família homoafetiva já é uma realidade, que se ampara nos valores personalíssimos do ser humano, na internacionalização dos direitos humanos, na transformação dos valores dominantes na sociedade, cada vez mais humanizados.

A família apresenta-se, na pós-modernidade, como uma realidade complexa, plural, modelada pelos costumes vigentes no momento histórico correspondente, apresentando por seu turno, facetas religiosas, jurídicas, políticas, econômicas, históricas, culturais e racionais, com um viés marcadamente social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOPTION and Co-parenting of children by same – sex couples. Position Statement number 200214. Approved by the Board of Trustees – Assembly, November 2002. *American Psychiatric Association*. Disponível em: <<http://www.psych.org/Departments/EDU/Library/APAOfficialdocumentsrelated/Positionstatements/200214.aspx>>.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.

_____. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 2.

AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual prático dos direitos de homossexuais e transexuais*. São Paulo: Ed. Inteligentes, 2003.

AMERICAN Psychological Association. Disponível em: <<http://www.psych.org/Departments/EDU/Library/APAOfficialdocumentsrelated/Positionstatements/200214.aspx>>.

AMORIM, José Roberto Neves. *Direito ao nome da pessoa física*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDERSEN, Ellen Ann. *Out of the closets and into the courts: legal opportunity structure and gay rights litigation*. USA: University of Michigan Press, 2009.

ANDRADE, Claudia. Plano do governo defende adoção e direitos civis para casais homossexuais. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/2009/05/14/ult5773u1188.jhtm>>.

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. São Paulo: OAB Ed., 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Procriação assistida*, nº 3.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A reserva da intimidade da vida privada e da vida familiar. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASHTON, Ina Warncke. *Deutschkurz Juristen*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

ASÍN CABRERA, Maria Assunción. Le partenariat em droit espanhol: quel avenir pour une réglementation em droit international privé? In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código Civil comentado*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direitos humanos e direito de família*. Disponível em: <www.srbarros.com.br>.

_____. *Estatuto de família de fato*. São Paulo: Ed. Jurídica brasileira, 2001.

_____. *Estatuto de família de fato*. 2. ed. São Paulo: Ed. Jurídica Atlas, 2002.

_____. União entre pessoas do mesmo sexo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 94, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito de ontem e de hoje: crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAGNOLI, Vicente Renato; FONSECA, Ângela Maggio da; JUNQUEIRA, Paulo Augusto de Almeida. Estados intersexuais. Diagnóstico e tratamento. *SOGESP - Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo*. Disponível em: <www.sogesp.com.br>.

BAHIA, Cláudio José Amaral. A natureza jusfundante do direito à família. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 11, n. 22, jul./dez. 2008.

BAILEY, J. Michel. Crianças adotadas sons of gays fathers developmentalpsychology, v. 31, por homossexuais desenvolvem comportamentos psi. Sexual orientation of adults 1995. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/noticia.php?id=50782>>.

_____. *Sexual orientation of adult sons of gay fathers*. Disponível em: <<http://www.apgl.fr/documents/sons.rtf>>.

BAILEY, J. Michel. Sexual orientation of adults sons of gay fathers. *Developmental Psychology*, v. 31, p. 124-129, 1995. Disponível em: <<http://www.france.qrd.org/assocs/apgl>>.

BAMFORTH, Nicholas. *Sexuality, moral and justice: a theory of lesbian and gay rights law*. London; Washington: Cassel, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Sérgio Resende. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise*. São Paulo: Imago, 2003.

_____. *Direitos humanos e direito de família*. Palestra proferida em 29.08.03, na XII Jornada de Direito de Família, realizada no Auditório da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.srbarros.com.br>.

BASES de Datos. Disponível em: <<http://www.porticolegal.com/basedatos/CCAA-/10-1998.htm>>.

BAUDRY-LA CANTINERIE, G; HOUQUES-FOURCADE, M. *Traité théorique et pratique de droit civil: des personnes*. 10^{ème} ed. Paris: Librairie de la Société au Recueil Gal. des Lois et des Arrêtes, 1902. t. 1.

BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

BENTO, Berenice. Transgêneros, direitos humanos e legislação. *Universidade de Brasília*. Disponível em: <<http://www.unb.br/acs/unbclipping/cp050502-11.htm>>.

BESSONE, Mario. *Istituzioni di diritto privato*. 8. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Atualizado por Achilles Bevilaqua. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1950. v. 2.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la famiglia*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2.

BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bologna: Ed. Licinio Capelli, 1957.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Ed. Campus, 1992.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BOGDAN, Michel. Private international law of registered partnerships in the nordic countries. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 9. ed. São Paulo: OAB Ed., 2008.

BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1923. v. 1.

BONNIN, Eduardo. *Ética matrimonial, familiar e sexual*. São Paulo: Ed. Ave Maria, 2003.

BORDA, Guillermo A. *Derecho civil: parte general*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953. t. 1.

BORRILLO, Daniel. *Homosexuels quels droits?* Paris: Dalloz, 2007.

_____. La protection juridique de la minorité gay et lesbienne dans l'union européenne et en France. In: GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant (Orgs.). *Direitos das minorias e grupos vulneráveis*. Ijuí: Unijuí, 2008.

BOSSERT, Gustavo A; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2001.

BOUHDIBA, Abdelwahab. *A sexualidade no Islã*. São Paulo: Ed. Globo, 2006.

BOULANGER, François. *Droit civil de la famille*. 2. éd. Paris: Economica, 1992. t. 1.

BRAHINSKY, Corinne Renault. *Droit civil: les personnes*. 13. éd. Paris: Montchrestien, 2007.

_____. *Droit de la famille*. Paris: Dunod, 1994.

_____. *Droit des personnes et de la famille*. Paris: LGDJ, 2008.

BRANDÃO, Debora Vanessa Caús. *Parcerias homossexuais: aspectos jurídicos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BRANDÃO, Marcus Lira. *As bases psicofisiológicas do comportamento*. São Paulo: EPU, 1991.

BUCHER, Andréas. Le regard du législateur suisse sur le conflits de lois en matière de partenariat enregistré. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURTON, Francês. *Core Statutes on family law*. UK: Law Matters Publishing, 2005/2006.

BUSTOS PUECHE, José Enrique. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Ed. Dykinson, 1997.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *Direitos da família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CAPITANT, Henri. *Droit civil*. 4. éd. Paris: Pedone, 1923.

CARBONIER, Jean. *Droit civil: la famille*. Paris: Puf, 1999.

_____. *Droit civil: la famille: les incapacités*. 13. ed. Paris: Puf, 1980.

_____. *Droit civil: la famille: les incapacités*. Paris: Puf, 1992.

_____. *Flexible droit*. 8. ed. Paris: LGDJ, 1995.

_____. *Les régimes matrimonial, la nature juridique sous le rapport des notions de société e d'association*. Bordeaux y Cadoret Imp. Univ, 1932.

CARNELLUTTI, F. *Rettificazione del sesso: comentario a la sentencia de la Corte D'Apelo di Bari*, mar. 1962.

CARUSI, Donato. *Principio di uguaglianza, diritto singolare e privilegio*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998. v. 2.

CASABONA, Marcial Barreto. O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. In: AFETO, ética, família e o novo Código Civil. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CASAMENTO Civil. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://casamentocivil.org/casamentocivil/news.asp>>.

CASAMENTO entre pessoas do mesmo sexo. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/casamento_entre_pessoas_do_mesmo_sexo>.

CHAMPAGNAT, J. C. L'accouchement sous x. 2002. *Les Droits de L'Enfant*. Disponível em: <www.Droitsenfant.com/accouchement.htm>.

CHAVES, Antonio. Castração, esterilização, mudança artificial de sexo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 69, v. 542, dez. 1980.

_____. Direitos da personalidade e dano moral. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 44, n. 220, p. 5-14, fev. 1996.

_____. Operações cirúrgicas de mudança de sexo: a recusa de autorização de retificação e registro civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, v. 679, p. 7-14, maio 1992.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CLERGET, Stéphane. *Comment devient-on homo ou hétéro*. Paris: Ed. Lattès, 2006.

CODE Civil. 104. éd. Paris: Dalloz, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONGRESSO em Foco. Disponível em: <<http://congressoemfoco.ig.com.br/noticias.asp>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

CONSEIL D'ÉTAT. *Les Lois de Bioetique: cinq ans après: les études du Conseil d'État*. Adoptées par L'Assemblée générale du Conseil d'État le 25 novembre 1999. La Documentation Française, 1998.

CONSTITUTIONAL Law. Routledge: United Kingdom, Cavendish lawcards series.

CORNU, Gérard. *Droit civil: introduction*. Les personnes, les biens. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CORNU, Gérard. *Droit civil: la famille*. 7. ed. Paris: Ed. Montchrestien, 2001.

_____. *Droit civil: les personnes*. 13. éd. Paris: Ed. Montchrestien, 2007.

COSTA, Luiz Pereira da. *Família e história de sua formação*. Maceió: Casa Ramalho Ed., 1939.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Ronaldo Pamplona da. *Os onze sexos: as múltiplas faces da sexualidade humana*. São Paulo: Ed. Gente, 1994. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CROCE, Delton; CROCE Jr., Delton. *Manual de medicina legal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRONOLOGIA dos Direitos Homossexuais. *Wikipedia*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/cronologia dos direitos homossexuais](http://pt.wikipedia.org/wiki/cronologia_dos_direitos_homossexuais)>.

CURRY, Hayden; CLIFFORD, Denis; LEONARD, Robin. *A legal guide for lesbian and gay couples*. 8. ed. USA, Berkley: Nolo Press, 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

DEBET, Anne. *L'influence de la convention européenne des droit de l'homme sur le droit civil*. Paris: Dalloz, 2002.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Jovene, 1950.

DEL PRIORE, Mary. *História do amor no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2005.

DE MATTIA, Fábio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 2, jan./mar. 1978.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1935. v. 1

DE VITA, Anne. Aperçu comparatif sur l'évolution européenne: considérations et conjectures. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contractualization de la famille*. Paris: Economica, 2001.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. *Seleções jurídicas Adv*, São Paulo, p. 16-17, jul. 2007.

_____. *Homoafetividade o que diz a justiça!* Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil: derecho de família*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006. v. 4.

DI MARZO, Salvatore. *Lezioni sul matrimonio romano*. Roma: L'Erma di Bretschneider, 1972.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, 6 e 7.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

_____. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITOS dos homossexuais pelo mundo. *Wikipedia*. Disponível em: <http://wikipedia.org/wiki/Direitos_dos_homossexuais_pelo_mundo>.

DST.AIDS. Disponível em: <<http://sistemas.aids.gov.br/imprensa>>. Acesso em: 24 nov. 2007.

DUPUY, Geneviève Bergonnier; ROBIN, Monique (Dirs.). *Couple conjugal, couple parental: vers des nouveaux modeles*. Ramonville Saint-Agne: Édition Éres, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EISMEIN, Adhémar. *Le mariage em droit canonique*. Paris, 1891. t. 1 e 2.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ESTLUND, David M.; NUSSBAUM, Martha C. Sex, preference and family: essays on law and nature. New York: Oxford university Press, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 732, p. 47-54, out. 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARINA, Roberto. *Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novolunar, 1992.

FELICETTI, Gian Mario. *Discriminazioni legalizzate: i matrimoni omosessuali*. Disponível:

<http://senzanome.leonardo.it/blog/discriminazioni_legalizzate_i_matrimoni_omosessuali-2htm>.

FENOUILLET, Dominique. Couple hors mariage et contrat. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles. (Dir.). *La contractualization de la famille: études juridiques*. Paris: Ed. Economica, 2001.

FERNANDES, Taisa Ribeiro. *Unões homossexuais efeitos jurídicos*. São Paulo: Método, 2004.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Ed. Atheneum, 1921. v. 1.

FERREIRA, Ivete Senise. Comentários à Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). In: DIAS, Josefina Maria de Santana (Coord.). *A mulher e a justiça*. São Paulo: IASP; Lex Ed., 2009.

FERREIRA, Pinto. Personalidade I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 58.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRY, Luc. *Famílias: amo vocês: política e vida privada na era da globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008.

FISCHER, André. *Como o mundo virou gay?: crônicas sobre a nova ordem sexual*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008.

FISHSPEAKER. Disponível em:
<<http://fishspeaker.blogspot.com/2006/10/problematica.social-da-conjugalidade.html>>.

FOLHA online. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>.

FONTAINE, Anne-Marie; ANDRADE, Claudia; MATIAS, Marisa; GATO, Jorge; MENDONÇA, Marina. Culture, normes et roles de genre: l'articulation famille/travail dans le couple. In: DUPUY, Geneviève Bergonnier; ROBIN, Monique (Dirs.). *Couple conjugal, couple parental: vers des nouveaux modes*. Ramonville Saint-Agne: Édition Éres, 2007.

FORGEOT, Flora Leroy. *Le couple homosexuel et le droit*. Fiche de lecture Les enfants du PACS. Disponível em: <http://sciencespo2005.free.fr/droit/flora_leroyforgeot.php>.

_____; MÉCARI, Caroline. *Le couple homosexuel et le droit*. Paris: Archer, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité* I. Paris: Gallimard, 1976.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da personalidade coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 38, p. 5-13, dez. 1992.

_____. Direitos privados da personalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 55, v. 370, ago. 1966.

FRIGNET, Henry. *O transexualismo*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud Ed., 2000.

FULCHIRON, Hugues. Pacs et partenariats enregistrés en DIP français. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49.

GALLUCCI, Mariângela. Cresce no Supremo apoio à união estável entre homossexuais: Ministros podem unificar entendimento sobre o tema; estudo mostra que sentenças têm variado entre os Estados. *Estadão*, 22 ago. 2009. p. A28. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090822/not_imp422924,0.php>.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família na pós modernidade: separação de fato e ética. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

_____. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Visão panorâmica do direito de família*. Palestra proferida em 16.03.07 na EPM. Disponível em: <www.epm.sp.gov.br/siteepm/noticias>.

GARUTTI, Macioce. Il diritto alla identità sessuale. *Rivista di Diritto Civile*, Milano, v. 2, 1981.

GAUDEMET, Brigitte Basdevant. Um contrat entre l'homme et la femme? Quelques points à travers l'histoire em occident. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dir.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001.

GESSAPHE, Karl August von Sachsen. Le partenariat enregistré en droit internacional privé allemande. In: ASPECTS de droit international prive des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international prive. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. *Seleções Jurídicas*, São Paulo, jul. 2007.

_____. *A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2007.

GIUSTI, Patrizia. Mores e interpretatio prudentium nella definizione di materfamilia (uma qualifica fra conventio in manum e status di sui iuris). In: ROMANO, Silvio (Org.). *Nozione formazione e interpretazione del diritto: dall'età romana alle esperienze moderne: ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*. Napoli: Casa Editrice Jovene, 1997.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O direito à privacidade nas relações familiares. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JR., Antonio Jorge (Coords.). *Direito à privacidade*. São Paulo: CEU, 2005.

_____. *A liberdade de Imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOGLIANO, Daisy. *O direito ao transplante de órgãos humanos*. 1986. Tese (Doutorado) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

_____. *Direitos privados da personalidade*. 1982. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Direitos de personalidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, out./dez. 1966.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. *Introdução ao direito civil*. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6.

GRECO, Carolina; VALLE, Claudia. *Elementi di diritto civile*. 3. ed. Roma: Edizioni CieRe, 2002.

GREY, Antony. *Speaking out: writing on sex, law, politics, and society*. London: Cassel, 1997.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA IBDFAM, 4. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2004.

_____. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coords.). *Direito civil: estudos em homenagem a professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006.

GUARDA para Transexual. SP: Justiça garante guarda de criança a transexual. Disponível em: <<http://www.inovaglttb.blogspot.com>>. Acesso em 27 ago. 2007.

THE GULLY Online Magazine. Disponível em: <http://thegully.com/articulosgay_mundo>.

GUY, Antony. *Speaking out: writings on sex, law, politics and society*. UK: Cassel, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HACKETT, David A. *O relatório Buchenwald*. São Paulo; Rio de Janeiro: Record, 1988.

HARVARD Business Review, p. 19-25, Dec. 2008.

HARVARD Law Review. *Sexual orientation and the law*. Harvard University Press, USA, 1990.

HARVARD LAW SCHOOL. *Sexual orientation and the law*. Cambridge; Massachusetts; London: Harvard University Press, 1990.

HATTU, Jean Pascal. *Homoparentalité: parents comme-ci, enfants comme-ça*. Disponível em: <www.titem.fr/?p=1000>.

HERTZ, Frederick. *Legal affairs: essential advice for same-sex couples*. New York: Henry Holt and Company, 1998.

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

_____. Família e casamento em evolução. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 62, p. 16-24, mar. 2001.

_____. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós modernidade. In: SOUZA, Ivone Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

HOMOFOBIA. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homofobia>>.

HOMOSSEXUAIS na Alemanha. *Wikipedia*. Disponível em: <http://wikipedia.org/wiki/homossexuais_na_Alemanha_Nazip.1>.

HOMOSSEXUALIDADE. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade>>.

HOMOSSEXUALIDADE na África. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_na_Africa>.

HOMOSSEXUALIDADE na América do Sul. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade_na_America do Sul>.

HOMOSSEXUALIDADE na Ásia. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_na_Asia>.

HOMOSSEXUALIDADE no Caribe. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_no_Caribe>.

HOMOSSEXUALIDADE- Kinsey Institute. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Homossexualidade-Kinseyinstitute>>.

HOMOSSEXUALIDADE na Oceania. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_na_Oceania>.

HOMOSSEXUALIDADE no Oriente Médio. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/homossexualidade_no_Oriente_Médio>.

HOMOSSEXUALIDADE e religião. *Wikipedia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/Homossexualidade_religião>.

HOPCKE, Robert H. *Jung, junguianos e a homossexualidade*. Trad. Cássia Rocha. São Paulo: Siciliano, 1993.

HUBRECHT, Georges; VERMELLE, Georges. *Droit civil*. 15. ed. Paris: Sirey, 1993.

HUMAN Rights Education Associates. Disponível em: <<http://hrea.net>>.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 1998.

ILGA. Are United Nations for us? 20/01/2004. Disponível em: <http://www.ilga.org/news_results.asp>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias¬icias=2169>>.

JAFFA, Harry V. A review of Richard Mohr's book *gay/justice*. *The Claremont Institute*, USA, 1991. Disponível em: <www.claremont.org/publications/pubid.694/pub_detail.asp>.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: la familia*. Buenos Aires, 1952. t. 1, v. 2.

JULIEN, Danielle; VECHO, Olivier; JODOIN, Émilie. Conjugalité homosexuelle et homoparentalité. In: DUPUY, Geneviève Bergonnier; ROBIN, Dominique (Dirs.). *Couple conjugal, couple parental: vers des nouveaux modèles*. Paris: Éditions Érès, 2007.

JUSTIÇA de nove Estados e do DF já reconhece união homossexual. *Folha online*, São Paulo, 22 ago. 2009. p. 1. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br>>.

KLABIN, Aracy Augusta Leme. *Aspectos jurídicos do transexualismo*. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1977.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2006.

LANZIELO, Raffaella. *A internacionalização dos direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2005.

LANZIELO, Raffaella. *Transsexualismo e la legge: transsexualità e identità sessuale e ruolo sociale*. Disponível em: <http://www.cpdonna.it/cpd/files/convegno_transsexualismo.pdf>.

LÉCUYER, Hervê. Mariage et contrat. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dir.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

_____. *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. A nova ordem de vocação hereditária e a sucessão dos cônjuges. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. (Série Grandes Temas do Direito Privado, v. 1).

LESBIENNE Gay Bi Trans Hétéro. Disponível em: <www.lgbth.com.fr>.

LGHT rights in Europe. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/LGHT_rights_in_Europe>.

LIMA, Antunes Varela Pires de. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. v. 4.

LINDON, Raymond. *Les droits de la personnalité*. Paris: Dalloz, 1974.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E CIDADANIA, 3. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM; OAB-MG, 2002.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 40-55, jan./mar. 2002.

_____. A repersonalização das relações de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 136-158, jun./jul. 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Coords.). *Direitos humanos: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.

LOPES, Rena Kfuri. Homoafetividade: Ave, ó Maria Berenice Dias. *Seleções Jurídicas*, São Paulo, jul. 2007.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, Javier. *La problemática jurídica de la transexualidad*. Madrid: Mc Graw Hill, 1998.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. *Aplicabilidade de normas protetivas às relações homoafetivas com fundamento nos princípios da liberdade, da isonomia e da dignidade do ser humano*. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

LUCE, J. V. *Curso de filosofia grega*. Trad. Mario da Gama Kury. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2000.

MADEIRA, Hécio Maciel França. *Digesto de Justiniano*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; UNIFIEO, 2002.

MAGNOLI, Demétrio. *Relações internacionais: teoria e história*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Casamento inexistente, nulo e anulável. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 28, n. 98, jul. 2008.

_____. Direitos da personalidade e elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2003. (Série Grandes Temas do Direito Privado, v. 1).

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Doação em favor da concubina. *Tribuna do Direito*, São Paulo, p. 23, out. 1994.

MARIAGE Homossexuel. *Wikipedia*. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homossexuel>.

MARIAGE homosexuel en Belgique. Disponível em: <http://fr.wikipedia.org/wiki/Mariage_homosexuel_en_Belgique>.

MARTINS, António Carvalho. *Bioética e diagnóstico pré natal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. União de homossexuais. *Carta Forense*, 01 set. 2002. p. 1. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Matéria.aspx?id=4656>>.

MATOS, Ana Clara Harmatiuk. Ação declaratória de união estável homossexual: possibilidade jurídica da pretensão. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano 8, n. 39, dez./jan. 2007.

MATTAR, Laura Davis. Desafios e importância do reconhecimento jurídico dos direitos sexuais frente aos direitos reprodutivos. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Coords.). *Direitos humanos: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2.

MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5. éd. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1891. t. 3.

MAZEAUD et CHABAS. *Leçons*. Paris: Montchrestien, 1994. t. 1.

MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 6. ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1976. t. 1, v. 3.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

MILAN, Betty. Preconceito. In: _____. *Fale com ela*. São Paulo: Record, 2007.

MILL, John Stuart. *A liberdade/utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MILLARD, Eric. *Famille et droit publique*. Paris: LGDJ, 1995.

MILMANIENE, José E. *Extrañas parejas: psicopatología de la vida erótica*. Buenos Aires: Paidós, 2000.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Disponível em: <<http://spider.pgt.mpt.gov.br:8080>>.

MINTIER, Brigitte Feuillet. *L'embryon humain: approche multidisciplinaire*. Paris: Ed Economica, 1996.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MIXBRASIL. Disponível em: <<http://mixbrasil.uol.com.br/upload/noticia/shtml>>.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

MOHR, Richard. Homossexuais/justiça: argumentos millianos pelos direitos dos homossexuais. In: ISHAY, Micheline (Org.). *Direitos humanos: uma antologia*. São Paulo: Edusp, 2006.

_____. *The long arch of justice: lesbian and gay marriage, equality, and rights*. New York: Columbia University Press, 2005.

_____. What's marriage anyway? Disponível em: <<http://www.buddybuddy.com/parteners.html>>.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1

_____; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

MONTELEONE NETO, Roque. Erros da determinação e a diferenciação do sexo. In: DELASCIO, Domingos; GUARIENTO, Antonio (Orgs.). *Obstetrícia, ginecologia, neonatologia*. São Paulo: Servier, 1984.

MORAES, Walter. Direito da personalidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 26.

MOTT, Luiz. Direitos humanos, homofobia e cidadania homossexual no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). *Direitos humanos perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2.

MOVIMENTO homossexual. *Wikipedia*. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Movimento_homossexual>.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família e evolução no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

MURAT, Pierre. Rattechement familial de l'enfant et contrat. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÈRES, Pascal de Vareilles (Dirs.). *La contratualization de la famille*. Paris: Economica, 2001.

NADAUD, Stéphane. *L'homoparentalité: uma nouvelle chance pour la famille?* Paris: Fayard, 2002.

NONATO, Orozimbo. Personalidade. In: REPERTÓRIO Enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.] v. 32.

NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. Rio de Janeiro: Ed. Caravansarai, 2003.

NUSSBAUM, Martha C. Constructing love, desire and care. In: ESTLUND, David M.; NUSSBAUM, Martha C. (Eds.). *Sex, preference and family: essays on laws and nature*. New York: Oxford University Press, 1997.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. *Direito de autodeterminação sexual*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

OLIVEIRA, Euclides. *União estável do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Nuno Manoel Pinto. *O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

OLIVEIRA, Silvério Costa de. *Transexualismo*. Disponível em: <www.sexodrogas.psc.br>.

ORTOLÁN, M. *Instituciones de Justiniano*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, [s.d.].

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Lisboa: Almedina, 1999.

PAGET, Philippe Auguste. *Puissance paternelle dans le droit romain et le droit français*. Paris: Pichon-lamy et Duvez Librairies Ed., 1869.

PAREJA de hecho. *Wikipedia*. Disponível em: <www.es.wikipedia.org/wiki/pareja_de_hecho>.

PARODI, Ana Cecília. *Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós modernos*. 1. ed. São Paulo: Russell Ed., 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalística*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Lições de direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PEREIRA JR., Antonio Jorge. Comentários ao artigo 226 da Constituição Federal. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense; Gen, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Roma: Athaeneum; Casa Vallardi, 1928. v. 1.

PESSOA, Mauricio. O casamento no direito civil constitucional. In: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PINHEIRO, Jorge Alberto Casas Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*. Lisboa: Almedina, 2004.

PINTO, Luiz de Aguiar Costa. *Lutas de famílias no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasileira, 1980.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e globalização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PLANIOL, M.; RIPERT, G.; ROUAST, A. *Traité pratique de droit civil français: la famille*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1952. t. 2.

PLATÃO. *O Banquete*. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2005.

_____. *Fedro*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2007.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/estrutura/sedh>>.

PROSPERI, Francesco. *La famiglia non fondata sul matrimonio*. Edizioni scientifiche italiane. Pubblicazioni della Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino. Napoli: ESI, 1980.

QUAGLIA, Dorina Epps R. G. *O paciente e a intersexualidade*. São Paulo: Servier, 1980.

- RAMSEY, Gerald. *Transexuais: perguntas e respostas*. São Paulo: Ed GLS, 1996.
- RANGEL, Vicente Marota. *Direito e relações internacionais*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. A função social da família no novo Código Civil. *Professor Miguel Reale*. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>.
- _____. *O Projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RÉAU, Roger. *Les lois suédoises sur le mariage*. Paris: PUF, 1925.
- RÉUSSIR Ensemble le Changement. Le Projet Socialiste pour la France. Disponível em: <<http://projet.parti-socialiste.fr/tag/le-texte-du-projet/>>.
- RIOS, Roger Raupp. Adoção por casais homossexuais: admissibilidade. *Carta Forense*, Rio de Janeiro, jun. 2009. p. B28.
- _____. A igualdade de tratamento nas relações de família. In: GOLIN, Célio; POCAHY, Fernando Altair; RIOS, Roger Raupp (Orgs.). *A justiça e os direitos de gays e lésbicas*. Porto Alegre: Ed. Sulina; Nuances, 2003.
- _____. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- ROBSON, Ruthann. *Gay men, lesbians and the law*. New York; Philadelphia: Chelsea house Publishers, 1997.
- RODRIGUES, Irene; BEO, Cintia. União homoafetiva: aspectos civis e constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 99, 2004.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. Atualizado por Francisco José Cahali. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

ROMANO, Gian Paolo; GEEROMS, Sofie. La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé: de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l'alinéa 2 de l'article 46 du nouveau code. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49.

ROTHSTEIN, Mark A. J. D. Genetic discrimination in employment: ethics, policy and comparative law. In: *Human genetic analysis and the protection of personaliy and privacy*. Zurich: Schulthess, 1994. v. 25.

RUGGIERO, Roberto; MAROI, Fulvio. *Istituzione di diritto privato*, 1940.

SALLES, Dimitri Nascimento. Direito à visibilidade: direito humano da população GLBTT. In: PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Orgs.). *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação: perspectivas e desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2007.

SALVATORE, Patti. Sul diritto allá riservatezza della persona transessuale. In: *Il diritto all'informazione e alle informática*. Milano, 1986.

SAME sex marriage in danemark. *Wikipedia*. <http://em.wikipedia.org/wiki/same_sex_marriage_in_danemark>.

SAME sex marriage in Sweden. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Same_sex_marriage_in_sweden>.

SAMESEX marriage in norway. *Wikipedia*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/samesex_marriage_in_norway>.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1954.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito de família*. Coimbra: Almedina, 1999.

SANTOS, J. M. de Carvalho; GUSMÃO, Sady Cardoso de. Personalidade. In: Repertório do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 37.

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*. Paris: LGDJ, 1950.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família BGB – Familienrecht*. 9. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *Teorias da personalidade*. São Paulo: Ed Thompson, 2002.

SÉNAT. Étude de Législation Comparée, n. 134, Juin. 2004. *Le mariage homosexuel en Allemagne*. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc1342.html>.

_____. Étude de Législation Comparée. Disponível em: <www.senat.fr/lc/lc134/lc132.html>.

SICA, Amália. *Il sesso nella norma*. Disponível em: <<http://www.latofa.com/pdf/4.pdf>>.

SIDOU, Othon J. M. Personalidade-II. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.], v. 58.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

SILVA JR., Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

O SISTEMA Único de Saúde deve custear cirurgia de mudança de sexo? *Seleções jurídicas Adv*, set. 2008.

SOARES, Sônia Barroso Brandão. Famílias monoparentais: aspectos Polêmicos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capello de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

SOUZA, Francisco Loyola de; LOPES, José Reinaldo Lima; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; RIOS, Roger Raupp. *A justiça e os direitos dos gays e lésbicas*. Porto Alegre: Ed. Sulinas, 2003.

SPENCER, Colin. *Homossexualidade: uma história*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1995.

SUMNER, Ian. Registered Partnership and Private International law: Great Britain and the Netherlands compared. In: ASPECTS de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe. Actes de la XVI Journée de droit international privé du 5 mars à Lausannes. Genève; Zurich: Schulthess Médias Juridiques, 2004. v. 49.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médico-legais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

TALAVERA, Glauber Moreno. O novo perfil da sociedade conjugal contemporânea. In: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A. *Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales: propuestas de regulación em España*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolome de las casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, 1999. (Cuaderno 10).

TELLES JR., Goffredo da Silva. Direito subjetivo. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 28.

TERRÉ, François. Rapport de synthèse. In: FENOUILLET, Dominique; SOMMIÉRES, Pascal Vareilles (Dir.). *La contractualisation de la famille*. Paris: Economica, 2001.

_____; FENOUILLET, Dominique. *Droit civil: les personnes, la famille, les incapacités*. 7. éme ed. Paris: Dalloz, 2005.

THERBORN, Göran. *Sexo e poder: a família no mundo 1900/2000*. São Paulo: Ed. Contexto, 2006.

TOBEÑAS, Castán. *Derecho civil español*. Madrid: Común y Foral, 1955. v. 2, t. 1.

TOSI, Giuseppe. *História e atualidade dos direitos humanos*. Disponível em: <www.espdh.hpg.ig.com.br/texto1.htm>.

TOURNIER, Paul. *Os gays na história*. Lisboa: Editorial Estampa, 2006.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 7. ed. riv. Padova: Cedam, 1953.

TRANSEXUAL. *Wikipedia*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Transexual>>.

ULTIMA Instancia. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

UNIVERSITAT DE GIRONA. Disponível em: <<http://civil.udg.edu/normacivil/estatal/família/L13-05.htm>>.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. *Manual da homoafetividade*. São Paulo: Ed. Método, 2008.

VELOSO, Zeno. Código comentado. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Org.). *XVII Direito de família. Alimentos. Bem de família. União estável. Tutela e curatela*. São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A família e a filiação*. 1996. Tese (Professor Titular). Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

VIEIRA, Paulo Rodrigues. A questão da sexualidade no pacto civil de solidariedade. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Coord.) *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2003.

_____. A bioética e o direito à adequação de sexo do transexual. In: _____ (Coord.) *Bioética e sexualidade*. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 2004.

WAMBIER, Teresa Celina de Arruda Alvim. Um novo conceito de família- reflexos doutrinários e análise de jurisprudência. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WINTEMUTE, Robert. *Sexual orientation and human rights*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

WIRTSCHAFT-IM-ZENTRUM - DER Blog der Wirtschaft von Linz-Mitte. Disponível em: <<http://wirtschaft-im-zentrum.at/2008/06/18/lebensprtenerschaftgesetz-gedanken-zum-vorliegenden-entwurf>>.

ZAMBRANO, Elizabeth. Adoção por homossexuais. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (Org.). *Direito de família, diversidade e multidisciplinariedade*. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.