INTRODUÇÃO

O tema pesquisado no presente trabalho aborda a existência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo no **âmbito do direito civil**, abstraindo-se da visão antropológica ou sociológica do instituto, mas resgatando o contexto histórico quando necessário. As demais modalidades de entidade familiar são citadas no trabalho de forma didática, sem alterar o enfoque eminentemente matrimonial da pesquisa.

Inicialmente, o problema de pesquisa foi: existe o casamento entre pessoas do mesmo sexo? A hipótese levantada é afirmativa, pois, de acordo com as pesquisas efetuadas, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é, hoje, uma realidade no Brasil e em diversos países, não carecendo o matrimônio homoafetivo de outros requisitos senão os mesmos exigidos das celebrações tradicionais.

Justifica-se a resposta provisória dada ao problema de pesquisa a partir dos desdobramentos verificados em temas sensíveis à sociedade, como a revolução sexual, a isonomia dos direitos, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, e o combate ao preconceito e à discriminação.

Em matéria de casamento, a doutrina majoritária sustenta que as causas de nulidade devem ser textuais ou expressas, não se admitindo nulidades virtuais, nesse ambiente, surgiu a teoria da inexistência, criada pela doutrina como forma de impugnação do casamento realizado na ausência de seus elementos fundamentais: consentimento, celebração, e dualidade de sexo.

Tal teoria foi criada por Zachariae, escritor alemão do século XIX, em seus comentários ao Código Civil francês de 1804, surgidos na Alemanha em 1808, e traduzidos por Aubry e Rau[1].

O objetivo geral deste trabalho é destacar a existência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, após dois séculos dos estudos de Zachariae.

---

[1] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. Rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 19. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 141.

Como introdução ao tema é importante ressaltar que referente ao casamento não há fontes seguras para se aferir quando e como o mesmo se originou. É provável, porém, que tal união se deu, desde o início, entre um homem e uma mulher, e de forma instintiva, por força da necessidade de perpetuação da espécie humana.

Em seguida, pelo papel fundamental que a família passou a exercer no desenvolvimento das relações humanas e na formação das sociedades primitivas; o homem percebeu que a vida em comunidade proporcionava benefícios que jamais poderiam ser atingidos de maneira individual. Constatou-se ainda que os agrupamentos humanos passaram a ser um instrumento necessário à segurança, à produção de alimentos, à criação da prole, e ao auxílio mútuo.

Por outro lado, a união de várias famílias formou uma comunidade onde objetivos maiores poderiam ser atingidos, como a defesa contra agressões estrangeiras, e a delimitação das fronteiras. Dessa forma, a origem da família reflete, em linhas gerais, a gênese do próprio Estado.

A especial proteção atribuída à família pelas constituições modernas, a exemplo do art. 226 da Constituição Federal brasileira de 1988, elevou seu conceito ao patamar de "base da sociedade". Isso explica o grande interesse na proteção e no fortalecimento da família e de seu maior expoente, o casamento, cujo amálgama garante a estabilidade dos estados e das nações.

A formalização do casamento exige, em regra, capacidade, celebração a portas abertas, e prévia publicação dos proclamas, emergindo daí a ideia de máxima publicidade determinada pela lei[2].

O casamento, portanto, desfruta do mais alto interesse no âmbito das nações civilizadas, e não se confunde com outras formas de união, mesmo as que encontram abrigo na lei.

Para o Estado, a extinção do casamento representa uma ameaça de dilapidação das riquezas amealhadas durante os anos de existência da sociedade conjugal; o prejuízo psicológico à prole, a qual, as mais das vezes, perde a referência paterna em sua educação e formação.

---

[2]Arts. 1.534 e 1.535 do Código Civil brasileiro.

O casamento, através dos séculos, tem exercido um papel fundamental na harmonia e na estabilidade das relações humanas, seja em relação aos familiares, seja em relação a terceiros.

Assim como o casamento, uma infinidade de negócios jurídicos os mais variados são celebrados diariamente, o que é de suma importância para a economia moderna. Tais negócios carecem, sempre e indistintamente, de um requisito comum, a chamada "segurança jurídica".

A segurança jurídica se traduz, em linhas gerais, na probabilidade de que o negócio jurídico formalizado será respeitado pelas partes e respaldado pela legislação em vigor e pelos poderes constituídos.

No entanto, em alguns negócios jurídicos, particularmente nos mais vultosos, nos que impliquem na circulação da riqueza, na aquisição e transferência de bens de raiz, na vinculação de garantias reais e fidejussórias, é essencial que se conheça, exatamente, o estado civil dos envolvidos.

A celebração de um negócio jurídico sem a necessária ciência dos dados pessoais de cada um dos partícipes, dentre eles o estado civil, pode levar à sua nulidade ou anulabilidade, mercê das hipóteses de impugnação encontradas na legislação civil.

Assim, a fidelidade das informações pessoais de cada um dos integrantes do negócio jurídico não é apenas útil, mas necessária e fundamental ao sucesso do negócio em todas as suas fases, representando um dos elos mais importantes a compor a cadeia de interesses do direito das obrigações.

Essa é uma das razões pela qual o casamento é tão importante e tão caro ao Estado, sendo valorizado nas sociedades modernas. O casamento representa, também, um importante veiculador da poupança privada. Implica também na estabilidade econômica do casal, estimulando a capitalização e a aquisição de bens duráveis, demandando rigoroso controle orçamentário, e, indiretamente, fazendo girar a economia e explicando o especial interesse do Estado em sua manutenção e estímulo.

Por fim, as famílias formadas a partir dos sólidos laços do casamento tendem a ser menos voláteis às intempéries sociais e econômicas, e têm grande interesse no aprimoramento pessoal e profissional da prole, o que implica no sucesso do próprio

Estado. Em outras palavras, a família estruturada pelo casamento tem expresso apoio do Estado, e recebe dele o respaldo legal necessário em todos os âmbitos jurídicos.

Isso explica o interesse do Estado em regulamentar o casamento e torná-lo regra em relação às demais espécies de "entidade familiar" admitidas pelo art. 226 da Constituição Federal em vigor. Explica, ainda, a razão pela qual o Estado prevê hipóteses e prazos decadenciais extremamente reduzidos quando se busca a desconstituição do matrimônio. Assim, a gênese das famílias vinculadas pelo matrimônio representa, aos olhos do Estado, um elo mais sólido que a estruturada pelas demais formas de "entidade familiar".

O casamento celebrado no Brasil prova-se, simplesmente, pela certidão do registro, e, ainda assim, "justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova", nos termos do art. 1.543, e parágrafo único, do Código Civil. Não é por acaso, portanto, que o próprio legislador constitucional brasileiro não equiparou o casamento às demais formas de "entidade familiar", ao contrário, preferiu dispor que "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".[3]

Ou seja, aos olhos da Constituição Federal de 1988, o casamento ainda goza da preferência do Estado, que confere aos integrantes dessa união um sem número de regalias, bastando que o interessado comprove seu estado civil através da simples exibição da certidão de casamento. Sendo assim, pelo menos até este estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, o casamento ainda detém privilégios que não se estendem às demais entidades familiares.

Por este motivo os objetivos específicos do trabalho são: a) mostrar a dualidade de sexo como elemento de existência do casamento à luz da Escola da Exegese; b) mostrar a experiência do direito estrangeiro quanto ao casamento de pessoas do mesmo sexo e c) mostrar o casamento de pessoas do mesmo sexo no direito brasileiro.

A metodologia percorreu as seguintes etapas: pesquisa doutrinária, com ênfase para a doutrina francesa do século XIX, e pesquisa jurisprudencial nacional, ressaltando a ênfase do estudo na fase contratual do casamento, inaugurada pelo Código Civil francês, conforme definido na qualificação, pesquisando ainda o casamento entre pessoas do

[3] Constituição Federal, art. 226, § 3º.

mesmo sexo em outros países, não na intenção de compará-los, mas para ilustrar tais realidades.

O capítulo I mostra que, à luz dos ensinamentos da Escola da Exegese, a dualidade de sexo representava um elemento imanente à existência do casamento.

O capítulo II mostra a experiência do direito estrangeiro no que tange ao tema desenvolvido, destacando os países cujas legislações autorizaram os casais homoafetivos a contrair casamento.

O capítulo III aborda o casamento de pessoas do mesmo sexo no âmbito do direito brasileiro.

O principal resultado alcançado, após as leituras e pesquisas efetuadas, foi a conclusão de que, hoje, no Brasil, a existência jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade.

1 HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO

No decorrer da história o casamento passou por diversas fases distintas, que serão descritas a seguir.

A autora Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf[4] ao citar Maurício Pessoa destaca as quatro diferentes fases do casamento no decorrer da história: a) o casamento consensual, que teve sua gênese no direito romano; b) o casamento religioso, fundado no Direito Canônico até o Concílio de Trento; c) o casamento civil e religioso, que vigiu desde o Concílio de Trento até o Código de Napoleão; e, finalmente, d) o casamento civil obrigatório, correspondente à fase secularização do casamento A primeira delas, como o nome sugere, foi dominada pela informalidade. Em Roma, a união entre um homem e uma mulher não carecia de qualquer outra exigência senão a própria convivência pública e duradoura do casal. Tal procedimento refletia, com fidelidade, o perfil essencialmente prático da civilização romana.

O casamento consensual, denominado *usus* pelos romanos, era o tipo de união mais comum em Roma, e encontrava respaldo na Lei das XII Tábuas, do século V a.c. A legislação romana albergava, ainda, outras formas de união, mais complexas e solenes que o *usus*, denominadas *coemptio* e *confarreatio*. A *confarreatio*, destinada aos casamentos entre patrícios, é a que mais se aproxima, na atualidade, ao matrimônio católico.

Na segunda fase, caracterizada pela forte influência religiosa e sacramental exercida pelo cristianismo, o casamento saiu do âmbito privado e, gradativamente, tornou-se uma prerrogativa eclesiástica.

No auge de sua importância religiosa, o casamento foi elevado à condição de um dos sete sacramentos católicos, e passou a figurar como tal no Código de Direito Canônico.

Sua celebração passou a ser uma prerrogativa e um monopólio da Igreja Católica, uma *conditio sine qua non* para a obtenção do reconhecimento oficial do estado de casado. O Estado se manteve alheio nessa seara, o que permitiu que a regulamentação e o controle do matrimônio migrassem, paulatinamente, para a autoridade eclesiástica. Nessa fase, a Igreja

---

[4] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 120.

Católica, de forma potestativa, reuniu em si os poderes de celebrar e de reconhecer o matrimônio como válido e eficaz, afastando a autoridade do Estado[5].

Conforme leciona Maurício Pessoa (apud MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus) [6], a próxima fase caracterizou-se pela reforma religiosa, pois "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."

As leituras sinalizaram que a fase derradeira do matrimônio foi inaugurada na França napoleônica. A partir da Revolução Francesa o mundo foi fortemente influenciado pelos ideais iluministas e pelo rompimento do vínculo até então verificado entre a Igreja Católica e o Estado durante o *Ancien Régime*. Com o rompimento dessa frágil e deletéria relação e com a gradativa divulgação dos ideais iluministas, o casamento entrou em sua fase atual, a fase contratual. A fase contratual, portanto, coincidiu com a redução da influência exercida pela Igreja Católica no cenário europeu[7].

Particularmente no território francês, a mudança institucional imposta pela Revolução veio acompanhada do confisco de bens eclesiásticos e da cassação das prerrogativas religiosas, retirando, ao que tudo indica definitivamente, o monopólio exercido por séculos pela Igreja Católica.

Outra das consequências da Revolução Francesa, ao mitigar a participação da Igreja nas grandes questões nacionais, foi a nova formatação atribuída ao casamento pelo Código Civil francês de 1804.

Através do Código de Napoleão, a França passou a reconhecer como válido somente o casamento civil, vinculado a um contrato solene, e chancelado pelo Estado (art. 34 do Código Civil francês). Em outras palavras, o Estado regulamentou inteiramente a matéria, passando o casamento a depender, exclusivamente, dos requisitos objetivamente determinados pela lei civil, e não mais pela Igreja Católica. Com isso o casamento passou a ser uma instituição absolutamente laica, dirigida, regulamentada e fiscalizada pelo Estado e pelas leis civis, e no

---

[5] Código de Direito Canônico – Cân. 1055.
[6] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 121.
[7] ALVES, José Carlos Moreira. **A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico** (s.d.). Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67287/69897>. Acesso em: 2 jan. 2014.

interesse daquele, afastando-se da, até então, implacável influência da doutrina católica para se tornar fruto da autoridade estatal.

Desse episódio, porém, conclui-se que a grande alteração sofrida pelo matrimônio não foi legislativa, mas institucional, fruto da migração da órbita eclesiástica para a laica, e da Igreja Católica para o Estado.

O que torna o tema intrigante é que, na verdade, a maior alteração foi institucional, representada pela perda das prerrogativas até então exercidas incontestavelmente pela Igreja Católica, e a assunção de tal papel pelo Estado.

É dizer, permaneceram intactos os requisitos anteriormente exigidos pela Igreja Católica para a formalização do casamento, a saber: a celebração, o consentimento e a dualidade de sexo.

A grande diferença introduzida pelo Código de Napoleão é que a "celebração" passou a ser realizada pela autoridade civil indicada pelo Estado, e não mais pela religiosa.

Portanto, no período que se estendeu da Revolução Francesa até o século XX, verificou-se a manutenção de todos os três requisitos exigidos à formalização do matrimônio.

Porém, a partir do século XXI, uma mudança significativa viria a abalar o alicerce do casamento. De fato, dos três requisitos até então exigidos à formalização do casamento, um deles, a dualidade de sexo, deixou de existir em um expressivo número de países. Tais países, dentre os quais alguns de tradição cristã, passaram a admitir que as uniões entre pessoas do mesmo sexo, ou uniões homoafetivas, em verdade produziam relações interpessoais rigorosamente idênticas às de um casal "tradicional".

Porém, os casais homoafetivos se encontravam à margem da lei e de seus dispositivos de proteção, pela simples ausência, na lei substantiva, de hipótese que albergasse tal situação, a qual, até então, era tida como "fática".

Assim, no decorrer da segunda metade do século XX tal situação se alterou paulatinamente, pois a possibilidade do casamento homoafetivo, outrora totalmente descartada, adentrou o século XXI em uma situação completamente diferente e favorável à regulamentação, não apenas no Brasil, mas, também, em inúmeros outros países, principalmente no continente europeu. O elemento dualidade de sexo, portanto, não

encontra mais o mesmo respaldo de outrora, deixando de fazer parte da natureza do casamento em algumas legislações.

Assim, a partir do século XXI, a dualidade de sexo vem perdendo, paulatinamente, sua influência em um crescente número de países, a exemplo da Holanda, Bélgica, Espanha, Canadá, África do Sul, Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Argentina, Dinamarca, Uruguai, Nova Zelândia, e França, os quais passaram a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo em seus territórios, como descrever-se-á no decorrer desta dissertação.

Por seu turno, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a legitimidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, contrariando o disposto em uma lei federal daquele país, a qual o admitia apenas entre um homem e uma mulher.[8]

A possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo também vem sendo discutida nos parlamentos de outros países de destaque no cenário internacional, a exemplo da Itália.

No Brasil, os códigos de 1916 e de 2002 foram omissos em relação ao tema. Embora não haja dispositivos repelindo, expressamente, a possibilidade do casamento homoafetivo, tal hipótese, certamente, não foi sequer cogitada pelo legislador. Assim, tais códigos não indicaram qual seria a solução a ser adotada pelo operador do direito caso a "anomalia" surgisse.

No início do século XIX surgiu, na Europa, a chamada "teoria da inexistência", liderada pelo doutrinador tedesco Zachariae von Linghental. Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf, "a inexistência – como categoria jurídica distinta da nulidade – dos atos jurídicos teve seu desenvolvimento na escola exegética francesa do século XIX; Zachariae aplicou-a aos atos jurídicos em geral, admitindo-a a quase totalidade da doutrina"[9].

Partindo do princípio de que o casamento não admite nulidades virtuais, a doutrina abordou a questão sob o ponto de vista da "inexistência" do ato quando o casamento fosse

---

[8] SUPREME COURT OF THE UNITES STATES. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/Search.aspx? FileName=/docketfiles/12-307.htm>. Acesso em: 12 set. 2013.

[9] MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A inexistência na teoria das nulidades**. Tese apresentada para provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 51.

realizado na ausência de um de seus requisitos elementares: a livre manifestação da vontade.[10] Em outras palavras, à luz da teoria da inexistência, ausente a livre manifestação da vontade, o matrimônio não deveria ser considerado nulo, mas inexistente."

Seguiu-se, então, o aprofundamento dos estudos de Zachariae, de 1808, e da teoria da inexistência, a qual foi aprimorada pelos integrantes da Escola da Exegese[11], os quais estenderam os casos de "inexistência" aos matrimônios carentes de celebração perante a autoridade competente e de dualidade de sexo, dois outros requisitos pertencentes à própria natureza do matrimônio.

A solução encontrada pelos integrantes da Escola da Exegese era simples e eficaz, não demandando maiores questionamentos por parte do aplicador do direito ao se deparar com tal tipo de demanda.

Sendo assim, diante de uma situação tal que se comprovasse a ausência dos elementos constitutivos da natureza do casamento, tal hipótese deveria ser abordada sob a ótica da inexistência, em face da ausência de expressa disposição legal que determinasse a nulidade do ato.

A teoria da inexistência, portanto, refletiu o entendimento doutrinário de Zachariae, posteriormente difundido por Aubry e Rau em 1839[12] e aprimorado pelos integrantes da Escola da Exegese.

O raciocínio surgiu no intuito de completar a teoria das nulidades, pois em matéria matrimonial, é muito difundido o princípio de que não há nulidades virtuais[13], não sendo possível impugnar o matrimônio formalizado na ausência de celebração, de consentimento e da dualidade de sexo, pela simples ausência de previsão legal.

---

[10] Ibidem, p. 53.
[11] Ibidem, p. 51.
[12] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. Rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 19. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 141.
[13] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. 5ª tiragem (2008), rev., e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 81.

Era necessário, portanto, compreender que o casamento, para que fosse considerado válido, deveria, antes, existir. Como tal teoria não admite a existência do casamento em tais circunstâncias, criou-se a hipótese do casamento inexistente.[14]

Como dito, a inexistência ainda não encontrou respaldo na legislação brasileira, em cujo âmbito ainda vige a máxima francesa segundo a qual "não há nulidade sem texto"[15]. A exemplo de outros países, o legislador brasileiro não cuidou de positivar na norma os ensinamentos da Escola da Exegese, como que se tal teoria fosse de menor importância ou fosse diminuída perante a teoria das nulidades. A consequência de tal lacuna é evidente.

A questão, portanto, é controvertida, posto que ao mesmo tempo em que o magistrado não se exime de julgar alegando lacuna ou obscuridade da lei (art. 126 do CPC), a legislação não oferece dispositivo eficaz a ser aplicado às hipóteses em exame.

Ao contrário, principalmente no que tange à ausência da dualidade de sexo, conforme ver-se-á, a lei deixou a cargo da doutrina e da jurisprudência a árdua tarefa de encontrar a solução.

Tal solução, porém, está longe de ser a ideal diante da importância e da complexidade que o tema representa no contexto do Código Civil e da Constituição Federal, mercê da influência que exerce sobre todos os ramos do direito e da sociedade, merecendo, portanto, enquadramento específico e devidamente positivado na norma.

No decorrer do século XX, em função das profundas mudanças sofridas pela sociedade no âmbito dos costumes, um fato aleatório passou a desafiar um dos alicerces do casamento – a dualidade de sexo.

De fato, a revolução sexual (mesmo não sendo um acontecimento recente[16]) vivenciada na segunda metade do século passado, fruto de diversos fatores, a exemplo da maior autonomia da mulher, da invenção da pílula anticoncepcional, e da queda nas taxas de natalidade, passou a influenciar diretamente o matrimônio. Prova dessa realidade é que, na sociedade atual, fala-se abertamente em diversos outros temas relacionados, direta ou indiretamente, à revolução sexual.

---

[14] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. 6ª tiragem (2007), v. 1, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 291.
[15] Pas de nullité sans texte.
[16] MARTINS, Ivan. A primeira revolução sexual. **Época**. 27 set. 2013. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2013/09/primeirab-revolucao-sexualb.html>. Acesso em: 2 jan. 2014.

A homoafetividade e outros assuntos conexos à mesma, como a união civil, a união estável e mesmo o casamento homoafetivo se encontram na berlinda dos programas televisivos.

Em países como Portugal, França, Espanha, Argentina e Uruguai, onde a influência da Igreja Católica é inquestionável, os três elementos até então exigidos pela natureza do casamento foram reduzidos a apenas dois: a celebração e a livre manifestação da vontade.

É que a legislação desses países passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ignorando um dos pilares até então inquestionáveis do casamento, qual seja, a dualidade de sexo.

A mesma senda parece estar sendo trilhada pelos parlamentos de diversos outros países europeus, a exemplo da Inglaterra e da Itália, cujos governos estão empenhados em dar uma rápida solução à questão, a qual, no entanto, não é pacífica, guardando apoiadores e detratores de ambos os lados.

Em resumo, em matéria de matrimônio, a admissão de casais do mesmo sexo em casamento foi a mais importante alteração legislativa verificada na legislação desde o surgimento do Código Civil francês, em 1804.

O acolhimento do casamento homoafetivo, pela legislação representa, a quebra de um paradigma e algo impensável ao legislador de um passado recente, notadamente por ser um elemento estreitamente vinculado a questões religiosas, e um requisito cuja Igreja Católica, ainda hoje, não abre mão nas celebrações matrimoniais realizadas no âmbito religioso.

Apesar de haver diversos dispositivos legais garantindo direitos básicos aos casais homoafetivos, é fato que o parlamento brasileiro ainda não votou norma específica garantindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e os maiores avanços nessa seara foram proporcionados pelo Poder Judiciário.[17]

Assim, alheias à letargia do parlamento, as duas mais altas cortes de justiça do país se manifestaram favoravelmente a dois temas conexos: a união estável e o casamento homoafetivos. A título de exemplo, posto que ambos os temas representam espécies do

[17] Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial n. 1.183.378/RS.

gênero “entidade familiar”, no âmbito da união estável, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, retirou do art. 1.723 do Código Civil de 2002, qualquer interpretação que venha a excluir ou impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”.

O Superior Tribunal de Justiça[18], por seu turno, entendeu que inexiste vedação expressa à habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento. A *contrario sensu*, portanto, eventual vedação implícita seria constitucionalmente inaceitável.

A propósito, veja-se o teor do excerto abaixo, retirado da ementa ao Recurso Especial nº 1.183.378/RS:

> 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

Da mesma forma, no estado de São Paulo, o Conselho Superior da Magistratura[19], com base no entendimento já sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, determinou o prosseguimento dos processos de conversão da união estável em casamento, inclusive em se tratando de requerentes do mesmo sexo, salvo se, por outro motivo, estiverem os interessados impedidos de contrair matrimônio.

Talvez a abertura dada pela jurisprudência ao tema leve o parlamento brasileiro, a exemplo dos países citados, a regulamentar, *de lege ferenda*, a matéria, colocando um ponto final à lenta agonia procedimental dos projetos de lei que se debruçaram sobre o tema, e dando uma solução definitiva à insegurança jurídica que a questão desperta.

É evidente que os casais que se encontram nessa situação, por vezes há longo tempo, não podem continuar a, apenas, representar uma situação matrimonial fática. Mister se faz que, de fato e de direito, possam passar a usufruir o estado civil de casados, com todas as vantagens e os ônus que tal situação lhes proporcione.

---

[18] Recurso Especial nº 1.183.378/RS.
[19] Cfe. Apelação Cível n. 0002895-38.2011.8.26.0554 e Apelação Cível n. 0034412-55.2011.8.26.0071.

É compreensiva, no caso brasileiro, a morosidade do Poder Legislativo em apresentar ao plenário, para votação, matéria de tão significativa importância, já que a composição religiosa do país é, ainda, majoritariamente representada por católicos (64,6% em 2010, segundo o IBGE[20]), os quais, apesar de estarem em declínio nas últimas décadas, ainda podem influenciar fortemente seus representantes no Congresso Nacional, e são abertamente contrários a várias demandas recentes da sociedade, dentre as quais o casamento homoafetivo.

Sendo assim, ao contrário do magistrado, que goza das prerrogativas constitucionais, o parlamentar está sujeito a eleições periódicas, não estando disposto a arriscar seu mandato apresentando projetos polêmicos e que possam prejudicar seu desempenho nas urnas.

De qualquer forma, como que uma tendência mundial que ganha força a cada dia, verdade é que, após as decisões das cortes superiores de justiça, não resta dúvida de que está pavimentada a admissão, no ordenamento jurídico brasileiro, do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Atualmente, portanto, não se discute mais a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, mas a necessidade, ou não, da positivação na norma daquilo que já foi acolhido no âmbito do Poder Judiciário.

---

[20] IBGE. **Notícia.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2170>. Acesso em: 20 fev. 2013.

2 A DUALIDADE DE SEXO COMO ELEMENTO DE EXISTÊNCIA DO CASAMENTO À LUZ DA ESCOLA DA EXEGESE

O estudo das nulidades, em sentido lato, que afetam o matrimônio, carece de um escorço histórico mínimo acerca do papel desempenhado pelos personagens, leis e instituições diretamente envolvidos com o tema, a exemplo da Igreja Católica, da Revolução Francesa, de Napoleão Bonaparte, do Código Civil francês e da Escola da Exegese.

É que, em matéria de casamento, vige o princípio segundo o qual não há nulidade sem texto que expressamente a preveja. Em outras palavras, para que se impugne a validade do casamento, é necessário que o interessado indique, textualmente, em qual hipótese legal irá fundamentar seu pedido.

Ocorre que a teoria das nulidades não foi suficiente para sanar todas as patologias jurídicas existentes sobre o tema. Sendo assim, diante da carência legislativa, e visando suprir a ausência dos elementos essenciais ao matrimônio, a doutrina elaborou a chamada "teoria da inexistência".

Segundo a teoria da inexistência, na ausência de algum dos elementos fundamentais ao casamento – celebração, consentimento e dualidade de sexo – o mesmo deve ser considerado inexistente. Tal teoria já era conhecida pelos canonistas, mas ganhou notoriedade mundial, no âmbito do direito civil, através da Escola da Exegese.

De fato, seria impensável admitir-se que o mais solene dos contratos fosse celebrado na ausência do consentimento válido de ambos os cônjuges, da necessária celebração perante a autoridade competente ou diante de duas pessoas do mesmo sexo.

Logicamente, a legislação deveria ter previsto tais situações, dotando o aplicador do direito de dispositivos aptos a combatê-las. Dessa forma, tais "anomalias" deveriam ser corretamente inseridas dentre as hipóteses de nulidade do casamento.

Mas a questão não é tão simples, posto que, as mais das vezes, as codificações não se ocuparam de tais circunstâncias, como se, por serem óbvias, não fosse necessária sua previsão legal.

Assim, à exceção de poucas codificações, como o Código Civil português de 1966[21], o qual, em sua redação original, enquadrou o casamento entre pessoas do mesmo sexo dentre as hipóteses de inexistência, a legislação nacional e também a estrangeira não deu o correto tratamento às hipóteses de ausência dos elementos essenciais ao matrimônio. Por outro lado, ao contrário das hipóteses de inexistência, as causas de nulidade e de anulabilidade do casamento, em regra, foram expressamente contempladas pela legislação.

Parte da doutrina entende que tais elementos – celebração, consentimento e dualidade de sexo – por não serem acidentais, mas elementares e integrantes da própria natureza do casamento, estariam dispensados, por óbvio, de constar na legislação. No entanto, para que o casamento seja considerado válido, é necessário que, primeiramente, exista.

Sendo assim, a teoria da inexistência não pode ser comparada, ou mesmo considerada como que uma espécie do gênero "nulidade", haja vista que ambas – inexistência e nulidade – se encontram em diferentes planos de abordagem científica.

O casamento nulo ou anulável não deixa de ser um ato jurídico, uma vez que a lei atribuiu ao mesmo consequências no mundo jurídico. Mais que isso: a sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, porém, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado[22]. Além disso, ainda que seja considerado anulável ou mesmo nulo, o casamento contraído de boa-fé por ambos os cônjuges produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória, tanto em relação aos cônjuges como em relação aos filhos[23] (casamento putativo).

Por aí se percebe a atenção que o legislador atribuiu às hipóteses de nulidade e anulabilidade. Cabe lembrar que as hipóteses de nulidade são imprescritíveis ou, se

---

[21] art. 1.628º, alínea "e"
[22] art. 1.563 do Código Civil brasileiro
[23] art. 1.561do Código Civil brasileiro

prescrevem, o fazem "no maior prazo previsto em lei"[24], são de ordem pública, e, portanto, podem ser reconhecidas *ex officio* pelo magistrado, podem ser decretadas a pedido tanto dos interessados quanto por intermédio do Ministério Público e retroagem à data da celebração do matrimônio (efeito *ex tunc*).

Nas hipóteses de anulabilidade, ao contrário, o interesse atingido é de ordem privada, elas podem ser supridas pelo magistrado, não podem ser decretadas *ex officio*, não podem ser provocadas por iniciativa do Ministério Público, têm efeito *ex nunc*, e os prazos decadenciais são curtos. Vige, portanto, o sistema fechado no que tange às hipóteses de nulidade do matrimônio. É dizer, tais hipóteses se limitam às expressamente previstas na norma (*pas de nullité sans texte*). Em resumo, o casamento nulo é o realizado em desrespeito aos impedimentos de ordem pública, elencados pela lei.

Nessa hipótese, por envolver impedimentos referentes a parentesco, casamento anterior, delito e incapacidade, o interesse envolvido é de ordem pública. Mister se faz observar que, dentre as hipóteses de nulidade do casamento, não foram contempladas a ausência de consentimento, a ausência de celebração, nem a dualidade de sexo.

Ora, não havendo previsão legal de impugnação do casamento que, eventualmente, tenha sido realizado nas hipóteses indicadas, surge a indagação: que 'remédio' jurídico poderia ser utilizado em tal circunstância? A exigência da dualidade de sexo como requisito do matrimônio se perde no tempo.

Porém, a mesma, seguramente, teve como objeto o desejo de perpetuação da espécie, inerente ao ser humano, sendo tal princípio assimilado pela Igreja Católica, e tendo constado tanto na Bíblia[25] quanto no Código de Direito Canônico[26].

Porém, a partir da segunda metade do século XX, a manutenção da dualidade de sexo como condição *sine qua non* de acesso ao casamento passou a ser objeto de intenso questionamento, ao desafiar os princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição à discriminação sexual, princípios estes albergados pela legislação das nações democráticas.

---

[24] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: parte geral. 42. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.
[25] Gênesis 1:28 – "Deus os abençoou: "Frutificai, disse ele, e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a.""
[26] Cân. 1055 — § 1. "O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio íntimo de toda a vida, ordenado por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à procriação e educação da prole, entre os baptizados foi elevado por Cristo Nosso Senhor à dignidade de sacramento".

Como reflexo desse movimento, no início do século XXI, países como Portugal, Espanha e Argentina, de expressiva influência católica, passaram a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, quebrando o paradigma até então observado, e lançando uma semente que se refletiu em outros países.

Nos países que passaram a admitir o casamento homoafetivo, os elementos inerentes à natureza do matrimônio se resumiram à celebração e ao consentimento, uma vez que a dualidade de sexo deixou de ser requisito de sua existência.

Dessa forma, o casamento moderno tornou-se mais plástico e dinâmico, a ponto de alargar suas fronteiras e passar a albergar modelos híbridos, não necessariamente vinculados ao padrão clássico (homem + mulher + prole), na esteira do que também vem ocorrendo com a família.

Nesse ponto, para entender a gênese de tal fenômeno, é necessário pesquisar na história, a origem da teoria da inexistência do casamento, e suas estreitas relações com o direito canônico e com a fase contratual do matrimônio, inaugurada pelo Código Civil francês.

A burguesia, especialmente na França pós-revolucionária, imbuída dos ideais iluministas, buscou refúgio na segurança jurídica que os códigos passaram a oferecer através de sua rígida e literal interpretação.

A lei escrita trazia a ideia de solidez, de confiança, dada a complexidade legislativa para sua alteração.

A importância dada às codificações, e, particularmente, ao Código de Napoleão, não deixava dúvida de que este era considerado um monumento jurídico de grandes proporções, comparável ao *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Napoleão Bonaparte[27], pessoalmente, influenciou a elaboração do Código Civil francês[28], e, no âmbito do casamento, foi determinante ao sustentar que não são admitidas

---

[27] Sobre o tema, o Min. José Carlos Moreira Alves sustentou: "Muitos não sabem que a Teoria do Casamento Inexistente surgiu por conta de uma observação de Napoleão em uma dessas reuniões, ao se discutir que, em matéria de casamento, não eram admitidas nulidades virtuais; por conseguinte, as nulidades teriam de ser textuais, expressas. Nesse momento, ele fez esta indagação: e se um homem unir-se a outro homem, isso é casamento? Pela primeira vez surgiu a idéia de que isso não era problema de nulidade, mas sim algo contra a natureza mesma do casamento. Pouco depois, em 1807, surgiu uma obra em 4 volumes, um tratado sobre Direito Civil francês, em face do Código Civil da França, em que o autor (alemão) construiu a doutrina

nulidades virtuais, e indagando se poderia ser considerado casamento a união de dois homens, concluiu que tal hipótese não desafiaria a nulidade, mas, sim, a própria natureza do casamento.

Para Napoleão, era necessário diferenciar as hipóteses nas quais o casamento deveria ser considerado nulo daquelas onde, na verdade, não haveria casamento.

Tal raciocínio, já era conhecido pelos canonistas[29], foi o embrião da chamada "teoria da inexistência". Tal teoria foi desenvolvida a partir dos estudos do doutrinador alemão Zachariae von Lingenthal, e, mais tarde, foi aprimorada, basicamente na França, pelos integrantes da Escola da Exegese.

Apesar das críticas, a teoria da inexistência recebeu grande aceitação no âmbito doutrinário de inúmeros países, especialmente na Europa e na América Latina.

No entanto, apesar de festejados doutrinariamente, os argumentos sustentados pela teoria da inexistência não lograram acolhimento no ordenamento jurídico, a exceção de algumas codificações.

Exemplo disso foi dado pelo Código Civil português de 1966[30], o qual dispunha, em sua redação original, que era "juridicamente inexistente: [...] o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo."

Por seu turno, Zachariae sustentou seu raciocínio com base na redação do art. 146 do Código Civil francês, o qual dispunha que não haveria casamento na ausência de

---

jurídica do casamento inexistente. Depois surgiram estudos com mais intensidade a respeito da inexistência dos negócios jurídicos em geral." ALVES, José Carlos Moreira. **Conferência inaugural.** III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2013.

[28] "O Código Civil Francês, inspirado por Napoleão Bonaparte, foi redigido por Tronchet, Presidente da Cour de Cassation, antigo e respeitado processualista, Portalis, membro do Tribunal de Presas, advogado e grande jurista, Bigot de Préameneu, Comissário do Governo junto ao Tribunal de Cassation e Maleville, Juiz da Cour de Cassation, no espantoso prazo de três meses, sendo que das cento e sete sessões da Comissão de Legislação do Conselho de Estado, encarregada de elaborar o Projeto, Napoleão presidiu cinqüenta e cinco, participando ativamente das discussões." Rui Stoco, citando Roberto Badinter, em palestra proferida no Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004, painel presidido pelo Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

[29] MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A inexistência na teoria das nulidades**. Tese apresentada para provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 199.

[30] art. 1.628º, alínea "e".

consentimento.[31] Baseado em tal redação, concluiu o doutrinador tedesco que, em caso de ausência absoluta de consentimento, estaria afastada a própria existência do casamento. A existência, portanto, precede a validade do casamento, enquanto a inexistência o elimina.

Em outras palavras, verificada a inexistência do matrimônio, estaria dispensada a análise de sua nulidade ou anulabilidade, uma vez que aquela é prejudicial a estas. Assim, sob a ótica da inexistência, para que o matrimônio fosse considerado nulo ou anulável, era necessário que, primeiramente, existisse juridicamente, pois a ideia de inexistência precedia os dois outros institutos.

Não somente na hipótese albergada pelo art. 146 do Código Civil francês - ausência de consentimento - mas, também, para os casamentos realizados na ausência de celebração ou em desrespeito à dualidade de sexo, a adoção da "teoria da inexistência" afastou a ideia de casamento defeituoso, atacável com base nas hipóteses de nulidade ou anulabilidade, e inseriu em seu lugar, o casamento inexistente.

Dessa forma, havendo lacuna na lei, a teoria da inexistência teve a virtude de, a um só tempo, dispensar a previsão legal expressa no ordenamento jurídico para a impugnação das hipóteses elencadas, bem como a necessidade de sentença judicial declaratória ou desconstitutiva do ato impugnado, pois o reconhecimento da inexistência poderia ser feito *ex officio* pelo magistrado.

Os estudos de Zachariae foram, então, divulgados por Aubry e Rau, os quais sustentaram que "o ato que não reúne os elementos de fato que sua natureza ou seu objeto supõem, e sem os quais é logicamente impossível conceber-lhe a existência, deve ser considerado não apenas como nulo mas como inexistente".[32]

Passou-se a admitir então que, na ausência de seus elementos naturais, o casamento deve ser considerado inexistente. Essa foi uma das lições mais expressivas deixada pela Escola da Exegese aos estudiosos contemporâneos, sendo, hoje, acolhida majoritariamente pela doutrina.

A Escola da Exegese representou um dos momentos históricos de maior expressão do positivismo jurídico do século XIX. À época, ela refletiu o pensamento ortodoxo e

---

[31] "il n´y a pas de mariage lorsqu´il n´y a point de consentement".
[32]RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 81.

racional produzido pela doutrina, especialmente a francesa, e se destacou através de seus discípulos mais ilustres, como Demolombe, Laurent, Pothier, Baudry-Lacantinerie, Proudhon, Melville, Blondeau, Delvincourt, Huc, Aubry e Rau, Marcadé, Troplong, Duranton, dentre outros. A Escola da Exegese verificou três momentos distintos em sua história: a formação, entre os anos 1804 à 1830, o apogeu, entre 1830 e 1880, e o declínio, após 1880.

Seu país de origem, a França, e o momento histórico de sua gênese, foram determinantes para a sintetização dos ideais de seus integrantes, através da mitigação da influência exercida pelo jusnaturalismo, e o triunfo do juspositivismo como uma nova ordem na interpretação dos textos legais.

Ela teve a virtude de contribuir para a elevação do Código Civil francês a uma solidez quase pétrea, ousando sustentar que o mesmo não tinha lacunas. Nesse aspecto razão lhe assiste, posto que o Código de Napoleão tem provado sua resistência ao tempo e às sucessivas constituições francesas, contando mais de duzentos anos de vigência.

A Escola defendia, ainda, que o Código de Napoleão dispensava o uso da analogia, e que esta, se necessária, deveria ser aplicada a partir dos elementos constantes no âmbito do próprio código.

É fato que, mais tarde, após o apogeu da Escola da Exegese, a doutrina percebeu que, em verdade, nem o Código Civil francês, nem qualquer outra codificação seria capaz de desafiar as mutações sofridas no tecido social.

Assim, ao apagar das luzes do século XIX, a Escola da Exegese perdeu parte do prestígio que até então desfrutava, mas deixou sua marca em alto relevo na história jurídica da França, através de seus discípulos que cuidaram de perpetuar seus ensinamentos na literatura jurídica mundial.

Nesse aspecto, seus integrantes viam na norma positiva uma garantia aos direitos do cidadão, posto que leis escritas estariam menos sujeitas às distorções e à abstração próprias do direito natural. Portanto, no decorrer do século XIX, o pensamento jurídico europeu foi fortemente influenciado tanto pelo Código Civil francês, quanto pela doutrina da *École de l'Exegese*.

A defesa intransigente da interpretação gramatical da norma jurídica levou alguns dos doutrinadores da Escola da Exegese a concluir que o magistrado deveria se limitar a aplicar a lei, ou mesmo a se abster de julgar em caso de lacuna.

Tal concepção partia do princípio de que o Código Civil francês era um produto hermético do legislador, e refletia exatamente o pensamento jurídico da época, razão pela qual não haveria espaço para interpretação diversa da gramatical.

A rigor, tal rigidez chegava a ser contraditória, uma vez que o próprio Código de Napoleão previu, em seu art. 4º, que o magistrado que se recusasse a julgar, tendo como pretexto o silêncio, a obscuridade ou a insuficiência da lei, poderia ser processado pela denegação da justiça[33].

Como dito, as eventuais lacunas existentes no âmbito do Código Civil francês deveriam ser sanadas com as ferramentas existentes no próprio código, havendo pouco ou nenhum espaço para interpretação diversa.

Demolombe[34], um dos maiores expoentes da Escola da Exegese e da literatura jurídica francesa do século XIX, assim se manifestou sobre a transição verificada no âmbito do matrimônio em face da mudança do paradigma ocasionada pela Revolução Francesa, deslocando-o do terreno até então dominado pela Igreja Católica para a seara contratual do Código Civil francês:

> Uma das maiores conquistas da revoluçãode 1789 foi secularizar a lei francesa. A Constituição de 03 de setembro de 1791 (Tit. II, art. 7) coloca o princípio de que "a lei considera o casamento como um contrato civil," e a partir desse momento as leis sobre o estado das pessoas e especialmente sobre o casamento, têm cada vez mais consagrado a separação da Igreja e do Estado e a independência do poder temporal.

---

[33] "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

[34] "L´un des plus grands resultáts de la révolution de 1789 futde séculariser la législation française. La Constitution du 3 septembre 1791 (tit. II, art. 7) posa in principe que "la loi ne considère le mariage que comme contrat civil, " et, à partir de cette époque, les lois sur l´état des personnes et en particulier sur le mariage, ont de plus en plus consacré la séparation de l´Église et de l´État et l´indépendance du pouvoir temporel." DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoléon**: Traité du mariage et de la séparation de corps. Tome premier. III. Paris: Cosse, Marchal et Billard. 1874, p. 4.

Como dito, a teoria da inexistência teve sua gênese ainda no Direito Canônico[35], o qual considerava inexistente o matrimônio em face da ausência de consentimento válido, mas se desenvolveu e ganhou adeptos principalmente na França do século XIX.

No âmbito do Conselho de Estado da França, na ocasião da elaboração do projeto do Código Civil francês de 1804, Napoleão Bonaparte, então 1º Cônsul, sugeriu a alteração do art. 4º (posteriormente art. 146) do referido projeto.

Sendo assim, enquanto a redação anterior, constante no projeto, determinava que o casamento não seria válido se os cônjuges não tivessem dado seu consentimento livremente[36], por influência de Napoleão, passou a constar que, na ausência de consentimento livre, não haveria matrimônio[37].

Confirmando a importância do papel de Napoleão na elaboração do Código Civil francês, Josserand[38] destaca que a distinção entre a inexistência e a nulidade é de origem recente, sendo estranha ao direito romano, e surgiu na ocasião da elaboração do Código Civil francês, ao se discutir sobre o matrimônio, ocasião na qual o Primeiro Cônsul deixou claro que não admitia tratar-se da mesma maneira "o caso em que a mulher houvesse dito "não" ao oficial do estado civil e o caso em que houvesse dito "sim" após haver sido submetida à violência, ressaltando que, no primeiro caso, não há casamento, enquanto no segundo, o casamento é nulo.

Percebe-se que a teoria da inexistência surgiu como opção, oferecida pela doutrina, as consequências jurídicas da regra segundo a qual não há nulidade sem texto que a defina[39]. Nesse aspecto, verifica-se a coexistência de dois tipos de nulidade: a nulidade textual e a nulidade virtual ou racional, sendo nesta incluída a ideia de inexistência.

---

[35] MALUF, Carlos Alberto Dabus, **A inexistência** ..., op. cit., p. 199.
[36] "le mariage n´est pas valable, si des époux n´y ont pas donné un consentement libre".
[37] "il n´y a pas de mariage lorsqu´il n´y a point de consentement" – art. 146 do Código Civil francês
[38] "La distinción entre la inexistencia y las nulidades es de origen mucho más reciente, es extraña al derecho romano y también a nuestro antiguo derecho. Hizo su aparición, en el momento de la elaboración del Código civil, a propósito del matrimonio y por la sugestión del primer Cónsul, que no admitió que se tratase de la misma manera el caso en que la mujer hubiera dicho "no" ante el oficial del estado civil y el caso en que hubiera dicho "sí" después de haber sido objeto de violencia. En el primer caso, hizo observar, no hay en absoluto matrimonio; en el segundo, hay un matrimonio nulo, y el artículo 146 contiene las huellas de dicha oposición: "no hay matrimonio quando falta el consentimento". JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**: teorias generales del derecho y de los derechos: las personas. tomo I, vol . I Rev. e compl. por Andre Brun. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America, (s.d.), p. 137.
[39] "pas de nullité sans texte".

De fato, Ripert e Boulanger[40] sustentaram que a teoria da inexistência foi construída para corrigir os resultados desastrosos do princípio *pas de nullité sans texte* acerca do casamento.

Japiot[41], por seu turno, sustenta que a teoria da inexistência reflete o senso comum, que condena situações como o casamento de pessoas do mesmo sexo e a ausência absoluta da vontade nos atos que dela dependam.

De forma semelhante à doutrina de Lutzesco[42], para quem não havia razão para que a lei estabelecesse um óbice evidente, da própria natureza das coisas, razão pela qual o legislador o fez tacitamente, daí a inexistência do matrimônio, segundo Zachariae.

Nesse sentido, o matrimônio não poderia ser considerado nulo, posto que não previsto como tal pela norma, mas inexistente, e tal inexistência poderia ser baseada na presunção tácita do legislador.

A teoria, no entanto, sofreu a crítica de Colin e Capitant[43], para os quais não havia diferença entre a nulidade absoluta e a inexistência, sendo razoável admitir que, além dos

---

[40] "C´est pour corriger les résultats désastreux de leur principe « Pas de nullité sans texte » que les auteurs modernes ont été amenés à construire, à propos du mariage, leur théorie des actes inexistants à laquelle on a donner depuis une portée générale. Comme il y a des cas où la loi le prononce pas la nullité, été où il est raisonnablement impossible d´admettre que le mariage produise ses effets, on peut se tirer d´embarras en décidant que le mariage est inexistant et qu´alors il n´y a pas lieu de l´annuler. Telle fut la raison pratique de cette théorie, dont notre ancien droit n´avait jamais éprouvé le besoin." RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. **Traité de droit civil**: d´après le traité de planiol. v. 1. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1956, p. 517.

[41] "Elle avait été créée pour les nullités dont la nécessité était particulièrement évidente au point de vue du bon sens: identité de sexe pour le mariage, défaut le plus absolu de volonté dans les actes de volonté […]" JAPIOT, René. **Des nullités en matière d´actes juridiques**: éssai d´une théorie nouvelle. Paris: Rousseau, 1909, p. 124-125.

[42] "Las premisas de sus razonamientos dieron prueba de una sencillez tan atrayente que su conclusión no tardó en ser acogida y considerada entre los más notables éxitos de la ciencia jurídica. En relación con el sexo de los futuros esposos –dice–, la ley no tenía necesidad de referirse a él, no había razón para establecer una condición más, puesto que dicha condición es obvia, es de la naturaleza misma de las cosas; el legislador sin lugar a duda, la supuso tácitamente. Y el penetrante espíritu de Zachariae concluye en la inexistencia de tal matrimonio. El matrimonio no es nulo, porque esta sanción no se encuentra prevista por la ley en ninguna parte, pero debe considerarse como inexistente, y la inexistencia puede fundarse en la presunción tácita del legislador." LUTZESCO, Georges. **Teoria y práctica de las nulidades**. Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio Lopes de la Cerda. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1978, p. 167.

[43] "616. – Critique de cette théorie.– Malgré la veleur des adhésions que cette théorie de l´inexistence, distincte de la nullité, a rencontrées, non seulement en matière de mariage, mais a propos de tous les actes juridiques en général, il ne nous est pas possible de nous y rallier. Pour nous, il n´y a pas de différence entre la nullité absolue et l´inexistence. Dire d´un acte qu´il est nul – nullum est – ou qu´il n´existe pas, c´est en tous points la même chose. En ce qui concerne particulièrement le mariage, la théorie de l´inexistence s´explique uniquement par le désir des interprètes de se mettre en règle avec la maxime: « Pas de nullité sans texte. » Or, cette maxime, les rédacteurs du code civil ne l´ont pas consacrée (supra, nº 594). N´est-il pas plus rationnel d´admettre qu´à côté des cas de nullité expressément visés par le texte du code, le mariage doit être considéré comme nul toutes les fois qu´il manque d´un de ses éléments essentiels, impliqués par sa

casos de nulidade expressamente previstos no Código Civil francês, o casamento deveria ser considerado inválido sempre que lhe faltasse um dos elementos essenciais envolvidos, a exemplo da diferença de sexo.

Portanto, com base na teoria da inexistência, o matrimônio é tido como inexistente quando ausente um dos elementos fundamentais: dualidade de sexo, celebração e consentimento.

Nesses termos, Zachariae[44] sustentava que o matrimônio era a união legalmente reconhecida de um homem e de uma mulher para uma comunhão indivisível de vida, enquanto Delvincourt[45] o definiu, singelamente, como a união legítima entre o homem e a mulher.

Na França pós-revolucionária, Demolombe[46]ensinava ser impossível se conceber, à luz do Código de Napoleão, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Leia-se a seguir a lição do mestre:

> O casamento entre duas pessoas do mesmo sexo não tem sentido, nenhum oficial civil do estado faria tal celebração, e se, por uma combinação de circunstâncias extraordinárias [...] tal casamento, ou um simulacro de casamento foi celebrado, não haveria nada!

Planiol e Ripert, citados por Henri de Page[47], definiram o casamento como sendo o ato segundo o qual o homem e a mulher constituem, entre si e de comum acordo, uma comunidade de vida protegida pela lei, a qual não pode ser rompida a seu critério.

---

définition, même comme la célébration, la différence des sexes? Dans des cas de ce genre, la loi a négligé de dire que le mariage serait nul, car personne ne pouvait s´y tromper. Or, le fondement de la maxime:« Pas de nullité sans texte », c´est qu´il ne doit pas y avoir d´équivoque et d´incertitude dans l´esprit des individus qui accomplissent un acte aussi important que le mariage. Ajoutez que cette distinction entre les cas de mariage inexistant et ceux de mariage nuls dont il n´y a que quelques traces dans notre ancient Droit, avait été proposée (par le Premier Consul au cours de la discussion du Titre du Mariage, au sein du Conseil d´État, Fenet, t. IX, p. 99 et s. ; Locré, t. IV, p. 312, 324, 326) mais qu´elle fut aussitôt repoussée par la majorité des autres orateurs, notamment par Tronchet et Réal (dans la séance du 24 frim. an X), et cela dans les termes les plus significatifs (V. Locré, t. IV, p. 347, nºs 8 et 9).” COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Traité de droit civil**: Refondu par Léon Julliot de la Morandière. Paris: Librairie Dalloz, 1957, p. 370.

[44] “Il matrimonio è l´unione legalmente (légitime) riconosciuta di un uomo e di una donna per un´indivisa comunanza di vita.” LINGENTHAL, Karl Salomo Zachariae von. **Manuale del diritto civile francese:** rimaneggiato da Carlo Crome: traduzione con note del prof. Ludovico Barassi. Diritto di famiglia. v. 3, Livro 5. Milano: Società Editrice Libraria, 1908, p. 4.

[45] “Le mariage peut être défini l´union légitime de l´homme et de la femme.” DELVINCOURT, Claude Étienne. **Cours de code civil**. v. 1. Paris: Videcoq, 1834, p. 56.

[46] “Le mariage entre deux personne du même sexe est donc d´être insensé, aucun officier de l´état civil ne voudrait procéder a la célébration; et si, par un concours de circonstances extraordinaires sans doute ... tel mariage ou plutôt un tel simulacre de mariage avait été célébré, il n´y aurait rien!” DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoléon**: Traité du mariage et de la séparation de corps. Tome premier. Paris: Cosse, Marchal et Billard, 1874, p. 15-16.

Para Huc[48], é, simplesmente, inútil insistir sobre esse ponto, haja vista que a diferença de sexo é uma condição essencial para a existência do casamento, tanto que um casamento entre pessoas do mesmo sexo, por tão improvável, pode ser considerado impossível.

Aubry e Rau[49] foram além, ao lembrar que o casamento, sob a lei francesa, implicava não só na união de duas pessoas de sexo distinto, mas na efetiva capacidade reprodutiva.

Tal raciocínio também foi compartilhado por Duranton[50], para quem o casamento civil era a união legal entre o homem e a mulher, geralmente para a perpetuação da espécie, e, ainda, para compartilhar o destino comum do casal.

Zachariae[51] sustentou que um casamento só pode existir entre uma pessoa do sexo masculino e uma pessoa do sexo feminino, pois, caso contrário, não deve ser considerado um casamento.

Planiol e Ripert[52] concluíram, à época, que a maioria da doutrina admitia a inexistência do matrimônio nas seguintes hipóteses: falta de consentimento, identidade de sexo, ausência de forma e incompetência do celebrante.

---

[47] PAGE, Henri de. **Traité élémentaire de droit civil belge**: príncipes: doctrine: jurisprudence: introduction: théorie générale des droits e des lois les personnes: la famille. 2. ed. v. 1. Bruxelles: Ed Etablissements Emile Bruylant, 1948, p. 632.

[48] "Il est inutile d´insister sur ce point que la différence des sexes est une condition essentielle de l´existence du mariage. Les mariages entre personnes du même sexe, contractés sciemment par l´une des parties tout au moins, sont tellement improbables qu´il est permis de considérer de telles hypothèses comme absolument impossibles." HUC, Theóphile. **Commentaire théorique & pratique du code civil:** Du mariage; du divorce et de la séparation de corps; art. 144 à 311, v. 2. Paris: Librairie Cotillon, 1892, p. 24.

[49] "Le mariage, d´après le Droit français, est l´union de deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités. Une telle union constitue un mariage, lors même qu´elle n´aurait pas été formée dans la vue et avec la possibilité de procréer des enfants, ou qu´elle n´aurait été suivie d´aucune cohabitation." AUBRY, C.; RAU, C. **Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie.** 5. ed. v. 7. Paris: Marchal et Billard, 1913, p. 6.

[50] "Evisagé sous les rapports naturels et civils, le mariage est l´union légitime de l´homme et de la femme, qui s´associent généralement pour perpétuer leur espèce, et toujour pour partager leur commune destinée." DURANTON, Alexandre. **Coursdedroitfrançais**: suivant le code civil. v. 2. Paris: Nève, 1825, p. 4.

[51] "Un matrimonio può sussistere solo tra una persona di sesso maschile e una persona di sesso femminile. Perciò un matrimonio che è stato apparentemente contratto tra due persone dello stesso sesso, va considerato come non contratto (o, in realtà, non va ritenuto un matrimonio)." Ibidem, p. 11.

[52] "La majorité de la doctrine n´admit que les cas suivant: défaut absolu de consentement, identité de sexe, défaut de formes et incompétence du célébrant." PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de droit civil français**: La famille: mariage, divorce, filiation. 2. ed. Par André Rouast. v. 2. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, p. 202.

Conclui-se que, no âmbito da doutrina francesa do século XIX, os requisitos supra representavam, *conditio sine qua non* para a existência do casamento.

Laurent[53] explica que, de acordo com a teoria da inexistência, que foi desenvolvida, de forma científica, por Zachariae, a distinção entre atos nulos e inexistentes deve ser feita à luz das condições exigidas para a existência dos atos jurídicos e das necessárias à sua validade.

Sendo assim, a ausência dos três requisitos essenciais ao casamento - *la différence de sexe, le consentement, la solennité* - implicaria em sua inexistência, pura e simples. Como consequência, a ausência de qualquer outra condição implicaria, tão-somente, a nulidade do ato.

Nesse mesmo sentido lecionou Huc[54], destacando que, de acordo com a legislação francesa da época, três eram as condições essenciais à "existência" do casamento: a diferença de sexo, o consentimento das partes e a celebração perante o registrador (*l´officier d´état civil*).

Outro doutrinador que se dedicou ao tema foi Marcadé[55], para quem as três condições (diferença de sexo, consentimento e declaração formal de tal consentimento perante o oficial público) eram essenciais à própria existência do casamento.

---

[53] "270. La distincion des actes nuls et des actes inexistants conduit a distinguer les conditions requises pour l´existence des actes juridiques de celles qui sont requises pour leur validité. Il y a des conditions sans lesquelles un acte juridique ne saurait exister ; si l´une de ces conditions manque, l´acte est inexistant. Il y a d´autres conditions requises pour la validité des actes ; si elles font default, l´acte est nul, mais il exist par cela même, parce qu´on suppose qu´il ne lui manque aucun élément requis pour son existence. La distinction se conçoit très-bien en théorie; voyons si elle reçoit son application au mariage. Zachariae qui, le premier, l´a enseignée scientifiquement, établit les conditions suivantes pour que le mariage existe: la différence de sexe, le consentement, la solennité. Toutes les autres conditions ou qualités exigées pour pouvoir se marier ne sont prescrites que pour la validité du mariage. Se l´une des conditions requises pour l´existence du mariage fait default, le mariage est inexistant; si c´est une condition requises pour la validité qui manque, le mariage est nul. Nous allons d´abord exposer la théorie de Zachariae; nous verrons ensuite si cette théorie est celle du code." LAURENT, F. **Principes de droit civil français**. 3. ed. v. 2. Bruxelas: Bruylant-Christophe & Cie, 1878, p. 342-343.

[54] "Dans l´état actuel de la législation, les conditions essentielles à l´existence d´un mariage sont au nombre de trois: 1º La différence de sexes; 2º Le consentement des parties; 3º Une célébration devant l´officier d´état civil." Ibidem, p. 23.

[55] "Trois conditions sont essentielles à l´existence même du mariage: 1º la capacité, chez les deux parties, d´être mari et femme, c´est-à-dire la différence de sexe; 2º leur consentement de se prendre réciproquement pour époux; 3º la déclaration formelle de ce consentement devant un officier de l´état civil." MARCADÉ, V. **Explication théorique et un traité résumé après le commentaire de chaque titre**. 5. ed. v. 1. Paris: Cotillon, 1859, p. 456.

Baudry-Lacantinerie[56], de igual forma, sustentava que o casamento inexistente era o formado na ausência de uma condição essencial à sua existência. Era uma "aparência sem realidade". Em tal circunstância seria inútil à lei prever um ato que, na essência, não existia.

Para Bonnecase[57], porém, a melhor classificação dos elementos constitutivos do casamento deveria partir do ponto de vista de sua punição (inexistência, nulidade absoluta e relativa). Nesse sentido, seria considerado existente o casamento que reunisse as seguintes condições: diferença de sexo, consentimento e celebração por um oficial do estado civil.

Quanto à dualidade de sexo, Beudant[58] sustenta que tal requisito é considerado uma condição substancial, sendo, portanto, desnecessário mencioná-la.

No mesmo sentido os irmãos Mazeaud[59], para quem o casamento só é possível entre pessoas de sexo diferente, e tal condição era tão evidente aos redatores do Código Civil francês, que os mesmos entenderam ser inútil inseri-la dentre os requisitos necessários ao matrimônio.

Carbonnier[60] ressalta que a inexistência é uma noção criada pela doutrina clássica para impugnar o casamento realizado em três circunstâncias: identidade de sexo, falta

---

[56] "Le mariage inexistant est celui qui n´a pu se former, par suite de l´absence d´une condition essentielle à son existence. C´est une apparence sans réalité. La loi n´en parle pas parce qu´il est inutile d´organiser la théorie du néant. BAUDRY-LACANTINERIE, G. **Précis de droit civil contenant dans une premièr partie l´exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses**." 14. ed. v. 1. Paris: Sirei, 1926, p. 203.

[57] "460. Enumération des éléments requis pour l´existence et la validité du mariage.– La meilleure classification des éléments constitutifs du mariage consiste à se placer au point de vue de leur sanction. C´est ainsi qu´on est amené à distinguer: les conditions requises à peine soit d´inexistence, soit de nullité absolue, soit de nullité relative. I. Les premières sont: 1º la différence de sexe; 2º l´existence du consentement des futurs époux; 3º la célébration du mariage par un officier de l´état civil." BONNECASE, Julien. **Précis de droit civil:** conforme au programme officiel des Facultés de Droit. v. 1. Paris: Rousseau, 1934, p. 406.

[58]"C´est manifestement une conditio nécessaire au premier chef, une condition substantielle, tellement qu´il semble superflu de la mentionner." BEUDANT, Charles. **Cours de droit civil francais:** l'état et la capacité des personnes**.** Colaboração de Henry Batiffol. 2. ed. v. 2. Paris: Rousseau, 1936, p. 394.

[59]720. – Différence de sexe. – Le mariage n´est possible qu´entre personnes de sexe différent. Cette condition a paru si évidente aux rédacteurs du Code civil qu´ils n´ont pas cru utile de l´énumérer parmi les conditions du mariage. Du moins la différence de sexe est-elle implicitement exigée dans le dernier alinéa de l´article 75: « ... se prendre pour mari et femme», comme dans l´article 144: « L´homme ..., la femme ... » MAZEAUD, Henri et Léon, MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**. 6. ed. par Michel de Juglart. v. 1. Paris: Montchrestien, 1976, p. 73.

[60] "C)¿Cabe hablar de inexistencia del matrimonio? La inexistencia es una noción confeccionada por la doctrina clásica en atención a tres hipótesis de alcance muy estimable y aparentemente privadas de aquellos rasgos que perfilan conceptualmente el matrimonio, a saber: 1.º Identidad de sexos. 2.º Falta absoluta de consentimiento. 3.º Falta de celebración ante funcionario del estado civil. La pretendida inexistencia acarrea

absoluta de consentimento e ausência de celebração perante um funcionário do estado civil.

A inexistência causa uma série de consequências que a difere da nulidade absoluta, já que dispensa previsão em texto legal, pois é imposta pela "força da razão", não carecendo de sentença judicial, nem podendo, o casamento, ser considerado putativo. Ressalta, porém, Carbonnier, que a doutrina moderna tende a incluir as hipóteses de inexistência dentre as de nulidade absoluta.

---

una serie de consecuencias que sirven para distinguirla de la nulidad absoluta, ya que no se precisaría de un pretexto legal para admitirla (pues viene impuesta por la misma fuerza de la razión), ni requeriría una resolución judicial constitutiva (la declaración de los Tribunales en caso de impugnación, ha de consistir a lo sumo en la afirmación de que el matrimonio no ha existido nunca) ni le serían aplicables los beneficiosos efectos del matrimonio putativo. La doctrina moderna se aparta de esta concepción y tiende a incluir entre las nulidades absolutas las supuestas hipótesis de inexistencia (observándose igual criterio por el legislador – Ley de 19 de febrero de 1933 – que ha considerado la ausencia total de consentimiento como causa de nulidad, insertando en el art. 184 una remisión del art. 146)." CARBONNIER, Jean. **Derecho civil:** Situaciones familiares y cuasi-familiares. Tomo 1. v. 2. Barcelona: Bosch, 1960, p. 139.

3 A EXPERIÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO QUANTO AO CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO

A seguir, apresenta-**se** o resultado do estudo elaborado com base na pesquisa da legislação de diversos países onde o casamento homoafetivo foi introduzido. Por uma questão metodológica, foram destacados alguns países nos quais a pesquisa abrangeu também a doutrina**,** a saber: a) França, b) Portugal, c) Espanha, e d) Argentina.

A França, por ter sido o país onde a teoria da inexistência se expressou com maior intensidade, e pelo fato de o Código Civil francês ter sido a base dos estudos de Zachariae, por abrigar a Escola da Exegese, e a maior parte de seus representantes, e pela vasta bibliografia disponível para consulta.

Portugal e Espanha, pela influência direta que exerceram sobre a legislação brasileira, com destaque para as ordenações alfonsinas, manuelinas, e filipinas.

E, finalmente, a Argentina, por ter sido o primeiro país latino-americano a inserir em sua legislação a previsão do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em seguida comenta-se resumidamente a legislação dos demais países nos quais o casamento homoafetivo também foi aprovado.

3.1 França

Na França, o fato que teve maior relevância na evolução do matrimônio foi a elaboração do Código Civil francês, ou Código de Napoleão, surgido logo após um dos períodos mais importantes e turbulentos da história da humanidade, qual seja, a Revolução Francesa.

Essa fase marcou a mudança da natureza do casamento, passando da condição de “sacramento” pretendida pela Igreja Católica, através do Concílio de Trento, para a “contratual”, inaugurada pela Constituição de 1791 e pelo Código Civil francês.

Os ideais iluministas lançaram uma nova perspectiva sobre a ordem institucional até então vigente. Plantou-se a semente do Estado de Direito, no qual a ordem jurídica se

sobrepõe ao poder do soberano. Em outras palavras, o poder do soberano se submeteu e foi limitado pela norma positiva.

Tal movimento fez cair por terra o *establishment* que até então se apresentava, sintetizado na célebre frase atribuída a Luís XIV, e que incorporava o espírito absolutista da época: *l'État c'est moi*.

Representou, ainda, o fim dos privilégios outorgados pelo *Ancient Régime*, rompendo o vínculo que até então unia a Igreja ao Estado, perdendo a Igreja Católica boa parte de seus poderes e de seu patrimônio.

Nesse sentido:

> A Reforma religiosa atingiu gravemente a autoridade da Igreja no domínio do casamento. Desta forma, a revogação do Édit de Nantes, em 1685, conduziu à perda do caráter sacramental do casamento. Assim, como 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, Tít. 2 da Constituição Francesa de 1791), seguido da autorização do divórcio por lei (votada em 20 de setembro de 1792).[61]

De fato, como ensina Ruggiero[62], "uma das características mais salientes da história do instituto [casamento] é a luta travada entre o Estado e a Igreja para obter a competência exclusiva para o regular".

E prossegue Ruggiero[63]:

> Quando a Igreja afirmou definitivamente a sua competência exclusiva na matéria, eliminando qualquer ingerência do poder civil, começou no Estado a reação para retomar aquêles direitos que a Igreja lhe havia tirado. Ordenanças reais do século XVI, em França, chamam para o poder civil a jurisdição sobre algumas causas matrimoniais, subtraindo-as ao conhecimento dos tribunais eclesiásticos; disciplinam casos de nulidade, regulam os direitos sucessórios dos filhos nascidos de casamentos contraídos sem observação de certas disposições do poder real, e negam reconhecimento ao casamento secreto ou de consciência.

---

[61] MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **O novo divórcio** ..., p. 109.

[62] RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**: direito de família direitos reais e posse. Tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis Brasileiro e Português pelo Dr. Ary dos Santos. 3. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 48.

[63] Ibidem, p. 54.

> A reação foi, porém, culminante na legislação da Revolução francesa; a constituição de 1791 proclamou o princípio de que o casamento é um ato civil e não religioso, pertencendo pois sòmente ao poder civil regulamentá-lo, determinando as condições de capacidade dos esposos, os impedimentos, a forma da sua celebração, e que se deve realizar perante a autoridade civil e ser registrado nos livros que ela mantém.

Como se percebe, a Igreja Católica deixou de exercer a influência de outrora, quando seu apoio era fundamental para o sucesso dos soberanos europeus.

O histórico vínculo entre a Igreja Católica e a França vinha de tempos remotos, a exemplo da coroação de Carlos Magno, como imperador do Sacro Império Romano, pelo Papa Leão III, no Natal do ano 800.

No período posterior à Revolução Francesa, com sua influência sensivelmente enfraquecida, a Igreja Católica participou da auto-coroação de Napoleão Bonaparte, em 1804, na Catedral de *Notre Dame* em Paris, cuja cerimônia foi presidida pelo Papa Pio VII.

Na ocasião, Napoleão retirou a coroa das mãos do Papa, se auto-coroou, e se proclamou imperador. Mas o desprezo de Napoleão pela Igreja não se limitou a esse fato. Além de se outorgar o direito de indicar bispos, Napoleão invadiu os Estados Papais, aprisionou o Papa Pio VII, e também se auto-proclamou Imperador de Roma, o que o levou a ser excomungado pela Igreja Católica.

Indiferente, Napoleão divorciou-se de sua primeira esposa – Josefina – ao argumento de que a mesma era estéril, não podendo proporcionar um herdeiro à França. Em 1810, Napoleão, habilmente, casou-se com Maria Luisa da Áustria, filha do Imperador Francisco I e de Maria Teresa da Sicília, a qual se tornou imperatriz dos franceses e Rainha da Itália. À época, por estar civilmente divorciado, não havia qualquer óbice ao novo enlace de Napoleão.

A Revolução Francesa, portanto, representou, a nível institucional, o fim da influência eclesiástica e da nobreza, sendo aquela rebaixada em seu poder e os maiores expoentes desta guilhotinados (Luiz XVI e Maria Antonieta).

Como consequência, caíram por terra os ideais do Concílio de Trento, passando o casamento a ser disciplinado pelas regras civis. Sendo concebido pelo Código de Napoleão

como um contrato, o casamento, contrariando as leis da Igreja Católica, deixou de ser um sacramento.

Assim, além da mudança institucional, religiosa e social, a Revolução Francesa também trouxe a lume o Código Civil francês, o qual exerceu forte influência sobre o destino do matrimônio a partir de então.

A Revolução Francesa tornou a França um país laico, e tal fato representou a linha divisória entre o espaço que até então era dominado pela Igreja Católica, e pelo Concílio de Trento, e a legislação civil. Tal fato ensejou a possibilidade de que o casamento, como qualquer outro contrato, passasse a ser analisado sob a ótica da doutrina civilista, e não canônica.

Em matéria de nulidades, apesar de a legislação civil francesa ter assimilado boa parte da doutrina canônica, o divórcio de Napoleão Bonaparte e a mudança do paradigma francês, passando de um estado confessional, pré-revolucionário, e assumindo o perfil de estado laico, permitiram que o matrimônio se tornasse mais sensível às mutações sociais.

Tal fato deu maior plasticidade ao casamento, proporcionando a semente de uma alteração mais profunda nesse âmbito. São exemplos: a autorização do divórcio por mútuo consentimento (art. 229 do Código Civil francês) e, em matéria de dualidade de sexo, a institucionalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

É sabido que, a exemplo dos demais países europeus, o casamento na França foi concebido, historicamente, como a união entre um homem e uma mulher. Porém, passados mais de dois séculos desde a irrupção da Revolução Francesa, operou-se nova “revolução” no território francês, mas, desta feita, no âmbito dos costumes.

Prova disso é que, na atualidade, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, outrora tido como inexistente pela doutrina e sequer abordado pela legislação, hoje é uma realidade na França e em diversos outros países do continente europeu.

Com efeito, foi promulgada a Lei n. 2013-404, de 18/05/2013, a qual deu nova redação a diversos dispositivos do Código Civil francês, dentre os quais o art. 143, o qual

passou a ter a seguinte redação[64]: "o casamento é contraído por duas pessoas do sexo oposto **ou do mesmo sexo** [grifo nosso]."

A lei recebeu apoio suficiente para ser aprovada pela Assembléia Nacional, pelo Senado, pelo Conselho Constitucional, até que, finalmente, fosse promulgada pelo Presidente da República François Hollande.

Com a promulgação, a França passou a ser o décimo quarto país do mundo a introduzir o casamento homoafetivo em sua legislação, o que seria inimaginável caso não se tratasse de um país laico.

É evidente que a alteração de um paradigma há séculos arraigado na cultura de um povo não se faz de forma harmônica, não sendo diferente no caso francês, já que houve conflitos gerados por setores da sociedade contrários à alteração legislativa.

3.2 Portugal

Tratando do tema da igualdade, o constitucionalista português J. J. Canotilho[65] lembra que "ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos". Ao tratar do "regime de invalidade do casamento", cita-se o magistério de Diogo Leite de Campos[66]:

> O regime da invalidade do casamento apresenta diferenças notáveis em relação ao regime geral da invalidade dos negócios jurídicos.
> Nos negócios jurídicos em geral, a invalidade analisa-se em três graus: inexistência, invalidade e anulabilidade.
> Contudo, em Direito matrimonial civil, não há nulidade do matrimónio, mas só anulabilidade. Por outro lado, a categoria da inexistência dos negócios jurídicos, que levanta sérias dúvidas em sede de teoria geral, é admitida expressamente em direito matrimonial.

---

[64]Art. 143: "Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe".
[65] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almendina, 1993, p. 563.
[66] CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2005, introdução.

E prossegue o catedrático de Coimbra[67]:

> A doutrina da inexistência surgiu imposta por necessidades práticas à dogmática jurídica. O Código Civil francês não tinha incluído o consentimento e a diversidade de sexo entre as condições de validade do casamento. Talvez por considerar que se tratava de elementos tão naturais e tão essenciais que era dispisciendo de interesse fixá-los, por serem evidentes, sendo contrário à própria noção de casamento considerar válidos os que fossem celebrados faltando alguma daquelas condições. Contudo, a doutrina francesa e a jurisprudência, colocadas perante casamentos a que tinha faltado o consentimento e a diversidade de sexos, sentiu-se na necessidade de criar uma teoria nova para sancionar com a invalidade tais negócios. Não pôde recorrer à nulidade em virtude do velho axioma de que não há nulidade sem texto. Assim não foi possível declarar nulos os casamentos em que faltasse qualquer daqueles requisitos. Não sendo os casamentos nulos assentou-se em que eram inexistentes: não havia razão em declarar nulo um negócio que nunca existiu (Pires Lima).
> A partir daqui, a categoria da inexistência do casamento veio impor-se na doutrina e na jurisprudência dos diversos ordenamentos jurídicos mais ligados ao Direito francês. E introduziu-se no Código Civil de 1966 como acabei de referir.
> Como razões substanciais a favor da inexistência os autores indicam normalmente duas (Pereira Coelho).
> A primeira, é a de que algumas vezes o casamento é atingido por vícios tão graves, que o regime da anulabilidade parece insuficiente. Com efeito a anulabilidade não pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal e só pode ser invocada por certo círculo de pessoas e dentro de determinado prazo. Não se pode aceitar que certos casamentos possam valer por se não verificarem os pressupostos legais da sua anulabilidade.
> Por outro lado, os casamentos anuláveis, ainda produzem alguns efeitos, os efeitos putativos previstos nos artigos 1647.º e 1648.º do Código Civil. Não é de aceitar que casamentos celebrados, por exemplo, entre pessoas do mesmo sexo produzam esse efeito.

Filiando-se à doutrina moderna, Fernando Andrade Pires de Lima entende que o casamento, ainda que realizado entre duas pessoas do mesmo sexo, sem consentimento ou sem celebração deva ser considerado nulo e não inexistente.

Não há diferença entre esse tipo de casamento e o realizado em afronta aos impedimentos positivados na norma.

Sustenta que não houve preocupação, por parte dos adeptos da teoria da inexistência, na elaboração de um sistema harmônico de dedução, pois não se partiu de um raciocínio lógico, mas de uma necessidade prática.

Para o jurista português, é precário o valor da doutrina clássica, pois “os elementos essenciais ao negócio jurídico são os requisitos indispensáveis à sua validade, e que tanto podem ser gerais e comuns a todos os contratos (capacidade, consentimento, objecto

[67] Ibidem, p. 219.

possível e forma), como especiais a cada um deles (em matéria de casamento, a diversidade de sexos, a idade, a ausência de parentesco próximo, etc.)"

E arremata tal raciocínio ressaltando que qualquer desses elementos "é imprescindível para a válida constituição do acto e a falta de qualquer dêles importa a nulidade respectiva."[68]

Sobre o tema, dá-se ênfase ao magistério de Mário Júlio de Almeida Costa[69]:

> Expressa a lei que só duas pessoas de sexo diferente podem celebrar o casamento (art. 1577.º). A inobservância deste requisito importa a inexistência do acto (art. 1628.º, al. e)). De resto, uma tal exigência harmoniza-se com o fim do matrimónio simultaneamente assinalado: a constituição de <<família mediante uma plena comunhão de vida>>.

No que tange à invalidade do casamento homoafetivo, arrematou Mário Júlio de Almeida Costa[70] que o mesmo não pode sequer ser considerado putativo, uma vez que "os casamentos inexistentes não produzem nenhuns efeitos jurídicos, nem mesmo se considerando putativos."

Segundo José Tavares[71], o casamento é "incontestavelmente o acto mais importante, mais grave e mais melindroso, que o homem pratica na vida."

Citando Coelho da Rocha, José Tavares lembra que o casamento "é a sociedade e união solene entre duas pessoas de diferente sexo, com o fim de procrearem e educarem os filhos ou ao menos de se socorrerem reciprocamente."

Fiel a tal raciocínio, conclui José Tavares[72] que, "[...] sendo o objecto e a causa lícita elementos essenciais dos contractos, se fôr celebrado um casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, tal contracto é jurìdicamente inexistente, ou absolutamente nulo."

Manuel A. Domingues de Andrade[73], reportando-se ao art. 1º do vetusto Decreto n. 1, de 25/12/1910, sustenta que, "se duas pessoas do mesmo sexo forem perante o

---

[68] LIMA, Fernando Andrade Pires de. **O casamento putativo no direito civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 116.
[69] COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções de direito civil.** Coimbra: Almedina, 1980, p. 356.
[70] Ibidem, p. 363.
[71] TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do direito civil**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1922, p. 703.
[72] Ibidem, p. 717-718.

competente oficial público e declararem que querem contrair matrimónio, esse acto é inexistente jurìdicamente, porque é da própria definição de matrimónio a diversidade de sexos [...]".

E conclui o doutrinador lusitano que a inexistência pressupõe que um negócio jurídico nem sequer chegou a ser concluído, enquanto a nulidade, ao contrário, que ele foi concluído, porém sem os requisitos que legalmente devem ser observados em sua gênese.

Para Domingues de Andrade é admissível a distinção entre nulidade e inexistência, posto que, no âmbito matrimonial, mesmo o casamento nulo surte alguns efeitos em relação aos filhos e ao cônjuge de boa-fé, porém, "em contrapartida pode haver no matrimónio irregularidades tais – como a identidade de sexo – que nem aqueles efeitos ele deva produzir. Ora também é fácil ver que o conceito ajustado a uma situação destas será, não o de nulidade, ainda que radical ou absoluta, mas o de inexistência."[74]

Luiz da Cunha Gonçalves[75] adota a divisão tripartida: inexistência legal, nulidade absoluta e nulidade relativa ou anulabilidade, e, no que tange à inexistência legal, sustenta que a mesma pode ser fruto da ausência de um elemento essencial a todos os atos jurídicos, (ex.: declaração de vontade), a certos atos jurídicos (ex.: o preço na compra e venda), e, finalmente, ou da ausência de uma formalidade externa tão essencial, "que sem ela o acto não pode ter existência material" (ex.: convenção antenupcial formalizada sem escritura pública).

Independentemente das divergências doutrinárias, o cotejo da legislação civil lusitana revela que, historicamente, Portugal respaldou o casamento entre pessoas de sexo distinto. Mais que isso, o Código Civil português de 1966 assimilou, expressamente, os ensinamentos herdados da Escola da Exegese.

Prova disso é o acolhimento da inexistência do casamento quando celebrado em afronta ao princípio da dualidade de sexo.

---

[73] ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. V. II, 9ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 414.
[74] Ibidem, p. 415.
[75] GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. Brasileira. vol. I, tomo I. Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Costa Manso e Laudo de Camargo. Anotado por José de Aguiar Dias. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 450.

De fato, o Código Civil português de 1867, em seu art. 1056, definiu que o casamento "[...] é um contracto perpetuo feito entre duas pessoas de sexo differente, com o fim de constituirem legitimamente a família".

Já naquela época, Portugal admitia, expressamente, o casamento civil, conforme dá conta o art. 1057, do mesmo diploma legal:

> Os catholicos celebrarão os casamentos pela fórma estabelecida pela egreja catholica. Os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registo civil, com as condições, e pela fórma estabelecida na lei civil.

Por seu turno, o Código Civil português de 1966, em sua redação original, previa, expressamente, em seu art. 1628, as hipóteses de inexistência do casamento, a saber: "é juridicamente inexistente: [...] o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo" (alínea "e").

Em sintonia com tal dispositivo, o art. 1.577º, do mesmo Código, dispunha:

> Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código.

Sendo assim, ao mesmo tempo em que determinava que o casamento era um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente, dispunha o Código português de 1966, a *contrario sensu*, que, acaso celebrado por duas pessoas do mesmo sexo, o casamento seria considerado "inexistente".

Posteriormente ao Código Civil de 1966, a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu art. 36.º, dispôs:

> 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.

A partir do final do século XX e início do século XXI, a condição da dualidade de sexo, como elemento essencial à própria existência do casamento, passou a ser questionada.

Com efeito, a Lei n. 9, de 31/05/2010, reconheceu, expressamente, a possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo em terras lusitanas. A nova lei alterou a redação dos artigos 1.577 e 1.628 do Código Civil português de 1966:

> Art. 1º. Objectivo
> A presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.
> Art. 2º. Alterações ao regime do casamento
> Os arts. 1.577º, 1.591º e 1.690º do Código Civil passam a ter a seguinte redacção:
> "Art. 1.577º. [...]
> Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".
> [...]
> Art. 4º. Norma revocatória
> É revogada a alínea e) do art. 1.628º do Código Civil.
> Art. 5º. Disposição final
> Todas as disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges, sem prejuízo do disposto no art. 3º.

A pedido do Presidente da República, Cavaco Silva, a referida lei foi submetida, preventivamente, ao Tribunal Constitucional português, decidindo aquela corte que a Constituição portuguesa não havia sido afrontada. Interessante notar que, em Portugal, a homossexualidade era considerada crime até o ano de 1982.

Porém, José de Oliveira Ascenção[76], lembra que, em Portugal, "[...] o casamento sempre foi uma instituição caracterizada pela heterossexualidade".

Com tal justificativa, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, discordou da decisão do Tribunal Constitucional português, rejeitando a alegação de que a constituição portuguesa autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Para Ascenção, a maioria dos portugueses não aceita o matrimônio homoafetivo. No entanto, o doutrinador se contradiz ao afirmar que "não se fizeram estudos sérios a este propósito", e que a maneira correta de se sanar qualquer dúvida seria a convocação do referendo, o qual, "mesmo com as suas limitações, permite avaliar a orientação prevalente."

---

[76] ASCENSÃO. José de Oliveira. O casamento de pessoas do mesmo sexo em Portugal. In: **Direito e Dignidade da Família**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 175-177.

Não é possível, a um só tempo, afirmar-se que a maioria dos portugueses rejeita o matrimônio homoafetivo, e que não foram feitos estudos sérios a respeito.

Por fim, Ascenção contestou ainda a alteração da Constituição por lei ordinária ao seguinte argumento[77]:

> 8. A inconstitucionalidade da Lei nº 9/2010
>
> Concluímos assim pela inconstitucionalidade da instituição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, por contrariedade ao entendimento de *casamento* e *família* adotado na lei maior. É falso que nesta matéria fundamental a Constituição se limite a estabelecer conceitos-quadro abertos, à descrição do legislador ordinário. Casamento e família seriam assim meros nomes; mas meros nomes não merecem acolhimento constitucional – e muito menos o regime particularmente protetivo que a Constituição estabelece.

Independentemente da respeitável opinião do insigne mestre lusitano, é fato que, na atualidade, o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade em Portugal.

Foram superados todos os argumentos doutrinários em sentido contrário, bem como os óbices legais que até então se apresentavam no âmbito do Código Civil de 1966, sendo, ainda, rejeitada qualquer afronta à Constituição por parte do Tribunal Constitucional português.

3.3 Espanha

Dizia o Código Civil espanhol de 1889, em sua redação original:

> Art. 42. La Ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código.

Ao final do século XIX, León Bonel y Sanchez[78] lecionava que havendo uma união de um homem e uma mulher em conformidade com a lei, e afastada a incapacidade dos

---

[77] Ibidem, p. 183.

[78] "Al dar esta definición del matrimonio tratamos de fijar en ella las condiciones esenciales del mismo, y no determinamos cosa alguna respecto de los requisitos que le preceden, porque, aunque convenientes son estos

contraentes, diz-se que o casamento existe, embora não haja sido observada alguma exigência externa, nem os requisitos prévios prescritos pelo Concílio de Trento e pela lei civil para prestar maior solenidade ao ato. Para o doutrinador, o essencial era a união de duas pessoas de sexo distinto, bem como o livre consentimento e a celebração perante a autoridade competente, civil ou eclesiástica.No início do século XX, Calixto Valverde y Valverde[79], catedrático da Universidade de Valladolid, destacou a importância da teoria dos atos inexistentes. Para Valverde, os atos inexistentes não produziam qualquer efeito nem dependiam de anulação.

Por consequência, a teoria da inexistência foi amplamente acolhida pela doutrina espanhola, sendo incorporada à técnica jurídica.

Porém, adverte Antonio M. Borrel y Soler[80] que, de acordo com a lei, os atos absolutamente nulos podem ser considerados inexistentes, mas não são "inofensivos", pois podem produzir efeitos materiais deletérios, carecendo da ação de nulidade a impugná-los.

---

para evitar los disgustos y nulidades que podrían originar la falta de publicidad y la carencia de requisitos prévios, realmente según el rito canônico y según el precepto legal, y simple la falta de esos requisitos previos no dirimen ni anulan el matrimonio contraído; y, por lo tanto, no invalidando lo que constituye la unión hecha con las condiciones intrínsecas del matrimonio, no es precisa su enunciación al definirlo. Habiendo unión de un hombre con uma mujer; verificándose esta unión con arreglo á la ley, y no teniendo incapacidad ninguno de los dos contrayentes, dicho se está que el matrimonio existe aunque no se hubieran cumplido algunas de las formas puramente externas, ni los requisitos previos que tanto el Concilio de Trento como la ley civil prescriben para dar mayor solemnidad al acto. Lo esencial es la unión de esos dos seres de distintos sexos que contraen, la volición expontánea y libres de los contrayentes, los dos testigos que presencien el acto y la entidad jurídica que lo autoríce, ya sea esta la canónica ya civil, según los casos." BONEL Y SANCHEZ, León. **Código civil español concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados**. v. 1. Barcelona: A. Lopez Robert, 1890, p. 113-114.

[79]"Desgraciadamente, la teoria de las nulidades ha sido embrollada, por la incertidumbre del lenguaje, por la necesidad de acudir á la justicia en todo caso en que no haya acuerdo entre las partes, y en nuestros días, por la creación de una institución nueva, la de los actos inexistentes. Estos que no producen ningún efecto aún antes de ser anulados, se cree proviene de Zacharie y hoy está tan admitida esta categoría de actos, que no hay autor acreditado, que no haya aceptado tal nomenclatura; se hay incorporado pues, á la técnica jurídica." VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español**. Parte Geral. v. 1. Valladolid: Cuesta, 1909, p. 505-506.

[80] "La realidad nos dice que los actos absolutamente nulos podrán ser inexistentes desde el punto de vista legal, pero que non son inofensivos, porque producen efectos que pueden perjudicar. Si, por ejemplo, un loco contrata con otro que ignora su estado mental y le entrega una cantidad o le compra una cosa que a su vez transmite a un tercero, es evidente que, por mas que estas operaciones tengan un origen irregular, han producido efectos materiales de los que el Derecho no puede desenterderse, diciendo simplemente que tales actos son inexistentes. Creemos necesario que existan una excepción y una acción de nulidad para impugnar dichos actos, y que la segunda prescriba dentro de cierto plazo para que no permanezca indefinidamente la incertidumbre de los derechos." BORRELL Y SOLER, Antonio M. **Derecho civil español**. Parte geral. Barcelona: Bosch, 1955, v. 1, p. 366-367.

No mesmo sentido Jose Castan Tobeñas[81], catedrático de Direito Civil e magistrado espanhol, para quem a teoria da nulidade do matrimônio tem matriz canônica e jurisprudencial.

Em matéria de casamento inexistente, os pseudocônjuges podem convolar novas núpcias, pois estão dispensados de aguardar a declaração de nulidade do suposto matrimônio anterior.

Para Tobeñas[82], a doutrina moderna distingue duas categorias de invalidez em matéria de casamento: a inexistência, quando ausente requisito fundamental (a exemplo da identidade de sexo, defeito de forma ou ausência de consentimento), e a nulidade, quando o casamento existe, mas padece de vício absoluto que o condena à anulação.

Nessa seara, conclui o renomado jurista castelhano, que podem ser considerados inexistentes, dentre outros, os matrimônios que, por circunstâncias especiais e inverossímeis, chegam a celebrar-se e a inscrever-se entre pessoas do mesmo sexo.[83]

Este também o entendimento de Federico Puig Peña[84], para quem, no direito espanhol, em interpretação estrita, era possível admitir-se a teoria da inexistência em casos específicos, a exemplo do matrimônio contraído entre pessoas do mesmo sexo.

Por seu turno, tratando especificamente do casamento entre pessoas do mesmo sexo, Bernet[85] combate a ideia da inexistência herdada da doutrina francesa. Para o

---

[81]TOBENÃS, Jose Castan. **Derecho civil español, comun y foral**. Tomo Quinto. Derecho de familia. Relaciones Conyugales. 9. ed., rev. por Gabriel Garcia Cantero y Jose Maria Castan Vazquez. Madrid: Reus, 1976, v. 1, p. 854

[82] "La moderna doctrina distingue dos clases primordiales de invalidez en el matrimonio: la inexistencia, que tiene lugar cuando el matrimonio se ha celebrado con ausencia de algún requisito o supuesto fundamental (como sucede en los casos de identidad de sexo, defecto de forma o ausencia de consentimiento), y la nulidad propiamente dicha, que tiene lugar cuando el matrimonio, aun existente, se contrae con algún impedimento dirimente que hace procedente su anulación." Ibidem, p. 854.

[83] Ibidem, p. 864-865.

[84]PEÑA, Federico Puig. **Tratado de derecho civil español**: derecho de familia: teoria general del matrimonio. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953, v. 1, tomo 2, p. 540-543.

[85] "Se habla de negocio inexistente, quizá impropiamente por responder la terminología de la influencia de la doctrina francesa. Se trata de entender comprendidos en esta categoría, a aquellos supuestos de nulidad del negocio no previstos por la propia ley. Así, el matrimonio contraído por personas del mismo sexo. Se piensa que son negocios inexistentes puesto que la ley no los declara nulos al no reconocerlos. Sin embargo, creemos innecesario utilizar el término puesto que para nuestro ordenamiento las consecuencias de la inexistencia son las mismas que las establecidas para la nulidad, teniendo su previsión normativa en el artículo 6.3 C.c." BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes. La ineficacia del negocio jurídico. In: BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes (coord.) **Codificación, persona y negocio jurídico**. Barcelona: Bosch, 2003, p. 386.

catedrático de Direito Civil da Universidade de Barcelona, é desnecessária tal classificação no âmbito da legislação espanhola, posto que as consequências previstas para os casos de inexistência são as mesmas para as hipóteses de nulidade.

Como visto, apesar de a doutrina espanhola se dividir entre a inexistência e a nulidade do casamento homoafetivo, o que se verificou logo no início do século XXI foi algo impensável aos olhos da doutrina clássica.

Com efeito, a exemplo de Portugal, a Espanha **também** passou a admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo com a entrada em vigor da Lei 13/2005. Tal lei, fruto de intensos debates no âmbito das **Cortes Gerais**, alterou, dentre outros dispositivos, o art. 44 do Código Civil espanhol, passando o mesmo a ter a seguinte redação:

> Art. 44.
> El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.
> El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Ao sancionar a referida lei, interessante destacar o entendimento do Rei Juan Carlos I:

> 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.

Após o advento da Lei 13/2005, foi publicada a *Resolución-Circular* de 29 de julho de 2005, oriunda da *Dirección General de los Registros y del Notariado*[86], a qual dispôs sobre os matrimônios civis entre pessoas do mesmo sexo no âmbito espanhol:

> A este respecto no debe olvidarse que tal «calificación» se ha de realizar con arreglo a la Ley española (cfr. art. 12 n.º 1 C.c.). En tal sentido no es ocioso recordar cómo los impedimentos matrimoniales vienen recogidos en los artículos 46 y 47 del Código civil, alusivos respectivamente a los absolutos o unilaterales y a los relativos o bilaterales, respectivamente, siendo así que en ninguno de ellos se menciona el impedimento de identidad de sexo. De otro lado, una parte significativa de nuestra doctrina científica al tratar de los requisitos subjetivos del matrimonio abordan separada y diferencialmente los impedimentos, la incapacidad o falta de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial y, finalmente, el requisito de la diversidad de sexo, que vienen a considerar como elemento constitutivo o esencial del propio derecho «a contraer matrimonio». Se traen a colación estas opiniones doctrinales no para someterlas al contraste con el Derecho positivo vigente hoy en España, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, sino para subrayar la idea de que la «diversidad de sexos», en la concepción tradicional, o la posible «identidad de sexos», en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada. De hecho, como destaca el Preámbulo de la reiterada Ley 13/2005 «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 del mismo 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». Claramente se aprecia en

[86] Publicada pela Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado no BOE n. 188, de 8 de agosto de 2005 – Ministerio de la Presidencia – Gobierno de España.

> este texto la idea, vigente en España hasta la reciente reforma, de la diversidad de sexos como elemento estructural, constituyente de la propia institución, más que como requisito subjetivo de capacidad de sus miembros.

3.4 Argentina

Na Argentina, a doutrina deu grande destaque ao tema e, a exemplo dos demais países que acolheram o casamento homoafetivo, a matéria foi objeto de intenso debate na mídia.

Cifuentes[87] dedicou-se ao tema, destacando que parte da doutrina rejeita, por inútil, a distinção entre o ato nulo e o ato inexistente.

Segundo o autor, filiaram-se a essa corrente: Salvat, Spota, Butelar Cáceres, Arauz Castex, Cardini, Nieto Blanc. Para eles, a teoria da inexistência não tem qualquer utilidade, uma vez que o chamado ato inexistente é, na verdade, absorvido pelo ato nulo, e, como tal, é combatido.

Sendo assim, para privar de efeitos o ato inexistente, não é necessário o socorro da doutrina estrangeira, bastando ao operador do direito se utilizar das mesmas regras já existentes para a impugnação do ato nulo.

No mesmo sentido, Spota[88]sustenta que a teoria da inexistência não foi acolhida no âmbito da legislação argentina, seja no que tange aos atos jurídicos em geral, seja em

---

[87] "En nuestro país está dividida la doctrina. La opinión contraria a la distinción entre acto jurídicamente inexistente y acto inválido, cuenta con el apoyo de Salvat, Spota, Butelar Cáceres, Arauz Castex, Cardini, Nieto Blanc. Estos autores consideran que la teoría es inútil, pues bastarian las normas sobre nulidad para privar de efectos al acto que se considera inexistente; las reglas de la interpretación darían satisfacción a la invalidez a través de aquellas disposiciones, las que perderían el valor de su precisión si se sustrajeran de su aplicación los actos que se consideran inexistentes; no se acepta el criterio de adjudicar dos formas de existencia al acto, una material y otra jurídica, pues o se ajusta o no se ajusta a los requisitos que legalmente se imponen para calificarlo, alternativa que no admite una tercera variante; se señala como argumento fundamental la falta de consagración en la ley, y que los llamados efectos indirectos no son los propios del acto fallido, por lo cual tampoco cabe ver aquí diferencia alguna entre nulidad e inexistencia. CIFUENTES, Santos. **Negocio Jurídico:** estructura, vicios, nulidades. Colaboração de Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986, p. 581.

[88] "IV. CONCLUSIÓN SOBRE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA.– En sustancia: la teoría de la inexistencia no fue recibida en nuestra ley, ni al tratarse de los actos jurídicos en general, ni al reglarse la institución del matrimonio. El ejemplo que nos ofrece el derecho comparado debe aprehenderse, en esto, cum grano salis. La doctrina francesa contemporânea ya no puede considerarse pacífica sobre este tema. Las soluciones que otros derechos estranjeros brindan –como el derecho italiano y derecho alemán- no siempre concuerdan con nuestro derecho patrio." SPOTA, Alberto G. **Tratado de derecho civil:** derecho de família. v. 1, tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1968, p. 715.

matéria de matrimônio, e acrescenta que mesmo a doutrina francesa atual não é pacífica sobre o tema.

Por outro lado, Cifuentes[89] admite que a teoria da inexistência recebeu diversos adeptos no âmbito da doutrina argentina.

Tal parcela da doutrina defende a categoria diferenciada dos atos inexistentes, e é integrada, dentre outros, por Moyano, Cordeiro Álvarez, Borda, Imaz, Mosset Iturraspe, Agliano, Fassi, Carneiro, López Olaciregui y Llambías e Belluscio.

No que tange à legislação, o art. 172 do Código Civil argentino dispunha em sua redação original:

> CAPITULO IV
>
> Del consentimiento
>
> Art.172.- Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

No entanto, sensível às alterações positivadas nos ordenamentos jurídicos de diversos países europeus, a Argentina não ficou imune às mudanças.

Dessa forma, com a aprovação da Lei n. 26.618, de 21/07/2010, a Argentina passou a admitir o casamento entre indivíduos do mesmo sexo, caindo por terra, nesse aspecto, a discussão doutrinária acerca da inexistência do casamento homoafetivo.

Com a aprovação da referida lei, a Argentina tornou-se o primeiro país da América Latina a aprovar, através de lei federal, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

---

[89] "En posición afirmativa, aceptan que la inexistencia es uma categoría diferente de la nulidad de los actos jurídicos Moyano, Cordeiro Álvarez, Borda, Imaz, Mosset Iturraspe, Agliano, Fassi, Carneiro y muy especialmente López Olaciregui y Llambías. Belluscio se ha incorporado a esta corriente, sosteniendo que es una distinción fecunda en consecuencias, no sólo porque permite resolver determinadas situaciones de la vida real, sino porque reposa en una neta diferencia conceptual, ya que no es lo mismo que no haya acto jurídico a que exista un acto jurídico, pero esté viciado. De ahí que se aya dicho que esta teoría se aparta de las regulaciones legales sobre nulidad, para sustentarse en una construcción racional, lógico-jurídica, pues e acto carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de suerte que no responde ni siquiera a la definición genérica que de él de la ley." Ibidem, p. 581-582.

Consequentemente, o art. 172 do Código Civil argentino passou a ter a seguinte redação:

> Art. 172. Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.
> El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.
> El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.

Em artigo recente, Úrsula Basset[90]destacou que, na Argentina, antes da alteração do art. 172 do Código Civil, aplicava-se a teoria da inexistência.

Sendo assim, o matrimônio entre dois homens ou duas mulheres não existia na Argentina, e sequer era necessário declará-lo, ou seja, na ausência de um de seus elementos essenciais, o ato era, singelamente, ignorado pelo direito.

E Basset[91] conclui seu raciocínio defendendo a necessidade, por parte da doutrina, da reformulação da teoria da inexistência, de forma a adaptá-la ao matrimônio homoafetivo.

O casamento homoafetivo na Argentina contou com o respaldo do Governo, mas, não recebeu qualquer apoio da Igreja Católica.

---

[90]BASSET, Ursula C. El cambio de paradigma de la nueva ley argentina sobre el matrimonio. In: GOZZO, Debora; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; LIGEIRA, Ricardo. **Direito e Dignidade da Família.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 201.

[91]"El problema ha sido advertido prontamente por algunos juristas. La teoría general de la inexistencia, como teoría del derecho comun, se aplica también al derecho de familia. Si el matrimonio quitó el requisito de la heterosexualidad, pero sin embargo conservó una concepción de la institución que no puede ser satisfecha por parejas de personas de distinto sexo, pues entonces, habrá una imposibilidad fáctica de los contrayentes para realizar el objecto del matrimonio. El resultado es que se aplica la doctrina de la inexistencia como regla general, y las personas del mismo sexo que contraigan matrimonio, en realidad integran una unión carente de objeto, y por lo tanto, inexistente. Ni siquiera es necesario su declaración. La cuestión es grave. La doctrina que favorece el matrimonio entre personas del mismo sexo, acaba de producir un interesante artículo en el que propone, consecuentemente, reformular la teoría de la inexistencia para adaptarla al nuevo matrimonio." Ibidem, p. 201-202.

3.5 Outros países

Além da Espanha, Portugal, Argentina e França, diversos outros países introduziram, em suas legislações, a previsão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme quadro esquemático exposto ao final deste item.

A Holanda foi o primeiro país cuja legislação autorizou o casamento de pessoas do mesmo sexo. A nova legislação, aprovada pelo parlamento no ano de 2000, entrou em vigor a 1º de abril de 2001.

A Bélgica foi o segundo país do mundo a reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A lei, aprovada pelo parlamento belga, entrou em vigor no dia 1º de junho de 2003.

No Canadá, no ano de 2005, o parlamento aprovou a lei denominada *Civil Marriage Act*, a qual autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Tal lei ressaltou, no entanto, que os representantes das diversas religiões têm a prerrogativa de recusar a celebração de casamentos que sejam contrários às suas crenças.

Em 2006, a África do Sul tornou-se o quinto país do mundo, e o primeiro do continente africano, a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, através da aprovação de lei pela Assembléia Nacional daquele país.

Na Noruega, vigorava o sistema de união civil para casais do mesmo sexo. casamento homoafetivo foi autorizado naquele país a partir de janeiro de 2009, quando a lei do casamento de gênero neutro foi promulgada depois de ser aprovada pelo parlamento.

Atualmente, casais homoafetivos registrados em união civil podem manter esse estado ou convertê-lo em casamento. Com a alteração da legislação, a Noruega tornou-se o primeiro país escandinavo, e o sexto do mundo, a legalizar o casamento entre parceiros do mesmo sexo.

Na Suécia, a lei que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo entrou em vigor no ano de 2009, quando se adotou um padrão neutro quanto ao gênero dos nubentes, tornando-se o sétimo país no mundo a legalizar tal tipo de união. Também foi autorizada a conversão em casamento das parcerias homoafetivas até então registradas.

No ano de 2010, ao lado de Portugal e Argentina, a Islândia também autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo, através de legislação que define o gênero neutro em matéria de matrimônio.

À época, a primeira-ministra islandesa - Johanna Sigurdardottir – juntamente com sua companheira, compuseram o primeiro casal a contrair matrimônio homoafetivo no país, no primeiro dia de vigência da referida lei. A lei islandesa também reconhece a possibilidade da conversão em casamento aos casais homoafetivos que já viviam em união civil.

Na Dinamarca, em junho de 2012, o parlamento aprovou lei autorizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tanto no âmbito civil quanto no religioso.

No âmbito da América Latina, o Uruguai, no que diz respeito ao direito de família, se destaca pelo pioneirismo.

O divórcio era admitido nos primórdios pelo Código uruguaio, mas não implicava o rompimento do vínculo. Como exemplo, cita-se o disposto no art. 171 do Código Civil uruguaio, o qual, em sua redação original, determinava que “la ley mira el matrimonio como una union indisoluble. Se disuelve en cuanto al vínculo, solamente por la muerte de uno de los conyuges”.

Porém, já nos idos de 1907, o divórcio a vínculo foi introduzido pela legislação uruguaia, quando o Brasil só o fez setenta anos depois.

No que tange à homoafetividade, o Uruguai foi o primeiro país da América do Sul a legalizar a união civil e a adoção entre pessoas do mesmo sexo.

A exemplo do Brasil, até o final do século XIX, a legislação uruguaia sofria forte influência do Direito Canônico, razão pela qual toda a legislação referente ao matrimônio era vinculada à Igreja Católica. As leis então vigentes não reconheciam existência, nem atribuíam efeitos civis senão ao matrimônio celebrado segundo as determinações do Concílio de Trento.

Como consequência, não se admitia qualquer interferência externa a afrontar o sacramento representado pelo casamento. No entanto, nessa época, tal panorama começou a mudar, influenciado pelo processo de secularização do matrimônio.

Nesse sentido, a comissão encarregada da elaboração do Código Civil destacou que os indivíduos que professavam crenças religiosas distintas da católica se encontravam em situação desfavorável perante a República.

Com base nessa premissa, determinou o Código Civil uruguaio de 1868, em sua redação original, o seguinte:

> 83. El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, á partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo a este capítulo, y con sujeción a las disposiciones establecidas en las leyes de Registro del Estado Civil y su reglamentacion[92].

Pela redação do art. 83, percebe-se que não constou, na lei uruguaia, qualquer menção expressa acerca da necessidade da dualidade de sexo como elemento *sine qua non* à existência do casamento. Porém, em interpretação sistemática, conclui-se que a dualidade de sexo era presumida.

À época, o art. 131 do referido código, posteriormente derrogado, sinalizava a necessidade da dualidade de sexo, ao determinar que "el marido tiene derecho para obligar á su mujer á vivir con él, y seguirle á donde quiera que traslade su residencia"[93].

Atualmente, porém, o casamento homoafetivo já é admitido no Uruguai, por força da aprovação, pelo parlamento, da Lei n. 19.075, de 09/05/2013, a qual entrou em vigor no dia 05/08/2013.

Tal lei estendeu aos casais homoafetivos os mesmos direitos e prerrogativas matrimoniais concedidos aos casais heterossexuais, não deixando dúvida quanto à efetiva existência jurídica do matrimônio a partir de sua positivação na lei.

---

[92] URUGUAI. **Código Civil:** 1868. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/pdfs/repartidos/senado/S2013030775-00.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:27.

[93] URUGUAI. **Código Civil**: 1868. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/CodigoCivil/2002/cod_civil.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:27ou ainda consultando o documento denominado: Comentarios del Código Civil. Por Álvaro Gillot, catedrático substituto de Derecho Civil. **Anales de la Universidad.** Ano IV, Montevideo, 1895, Tomo VII. <http://www.periodicas.edu.uy/Anales_Universidad/pdfs/Anales_Universidad_a4_t7_ segunda_entrega_1895.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:33.

Ao dar nova redação ao art. 83 do Código Civil uruguaio, a nova lei recepcionou o chamado matrimonio igualitário, ao dispor que "el matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo"[94].

Com tal alteração legislativa, o Uruguai passou a ser o segundo país da América Latina, e o décimo segundo do mundo, a autorizar o casamento homoafetivo.

A existência do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o chamado *same-sex marriage*, também se verifica na Nova Zelândia. Em 1986, a Nova Zelândia já havia descriminalizado a homossexualidade, e, em 2005, legitimou a união civil de pessoas do mesmo sexo. No dia 17 de abril de 2013, o projeto de lei foi aprovado pelo parlamento neozelandês, entrando em vigor quatro meses depois de haver recebido o *Royal Assent*.

Com a aprovação da nova lei, a Nova Zelândia tornou-se o único país da Oceania a permitir tal tipo de matrimônio.

Figura 1 – Mapa com relação de países em que o casamento homoafetivo foi aprovado
Fonte: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/05/veja-quais-paises-ja-aprovaram-o-casamento-gay.html>.
Acesso em: 7 jan. 2014 às 16:15h.

Acima mostra-se o quadro esquemático dos países que introduziram o casamento entre pessoas do mesmo sexo em suas legislações, bem como o ano respectivo (Figura 1).

---

[94] URUGUAI. **Ley n. 19075**. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley =19075&Anchor=>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:22.

4 O CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Lei e doutrina

No Brasil, no período anterior à república, o casamento foi formatado de acordo com o modelo português. Dessa forma, "diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída."[95]

É fato que, de acordo com os preceitos do direito canônico, a Igreja Católica não reconhecia os matrimônios realizados na ausência dos três elementos essenciais - celebração, consentimento e dualidade de sexo – considerando o ato inexistente. No entanto, a influência dos ideais da Revolução Francesa foi decisiva, especialmente no segundo reinado, fato esse que contribuiu para o processo de laicização que se impunha.

Em consequência, outorgou-se ao casamento uma postura legitimamente contratual, libertando-o da amarra sacramental até então imposta pela doutrina católica. Porém, o rompimento com o antigo regime no Brasil não foi nem tão profundo nem tão rápido como no exemplo francês.

Aqui, a monarquia foi substituída pela república; enquanto a constituição imperial, outorgada por D. Pedro I, foi substituída pela republicana. Apesar disso, em ambos os países, verificou-se o acentuado rompimento do vínculo Igreja-Estado.

Com o advento da República, o Decreto 119-A, de 07/01/1890, elaborado pelo Governo Provisório, "prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias."

O rompimento institucional da Igreja Católica com o Estado se concretizou a partir da República, ocasião na qual o Brasil passou a ser um estado laico, e o casamento civil, a

[95] Min. Ministro Luis Felipe Salomão, relator do REsp. 1.183.378-RS

regra. Sobre o tema, foi publicado o Decreto 181, de 24/01/1890, cujos principais dispositivos são os seguintes:

> Promulga a lei sobre o casamento civil.
>
> Art. 1º As pessoas, que pretenderem casar-se, devem habilitar-se perante o official do registro civil, exhibindo os seguintes documentos em fórma, que lhes deem fé publica:
>
> Art. 88. O divorcio não dissolve o vinculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cassar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido.
>
> Art. 93. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, e neste caso proceder-se-ha a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil.
>
> Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por deante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brazil, si o forem de accordo com as suas disposições.
>
> Paragrapho unico. Fica, em todo caso, salvo aos contrahentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e ceremonias prescriptas para celebração do matrimonio pela religião delles.
>
> Art. 109. Da mesma data por deante todas as causas matrimoniaes ficarão competindo exclusivamente á jurisdicção civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no fôro ecclesiastico.

Como visto, o Decreto 181/1890 estabeleceu não somente o casamento civil, mas, também, a competência exclusiva da jurisdição civil para as causas oriundas das questões matrimoniais (art. 109).

Outro dispositivo do Decreto que merece destaque é o art. 49, o qual dispunha que a prova da celebração do casamento deveria ser feita através de certidão extraída no registro civil, o que confirma a tendência laica da legislação brasileira no final do século XIX.

Com a diminuição da influência eclesiástica, o matrimônio passou a ser encarado, definitivamente, como um contrato, ou "o mais excelente e o mais antigo de todos os contratos", no dizer de Pothier, sendo certo que "todos os códigos clássicos, como o francês e alemão, o definiram e o consideraram como contrato".[96]

A Constituição Federal de 1891 determinou:

---

[96] LIMA, Domingos Sávio Brandão. **Enciclopédia saraiva do direito.** Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil 1827-1977. Coordenação do Prof. Limongi França. v. 13. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 389.

> Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> ... *omissis*
>
> § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.
>
> § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.
>
> § 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.
>
> § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.
>
> § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

Clovis[97] ressaltou a distinção pretoriana entre atos nulos e anuláveis, sendo aqueles classificados como nulos de pleno direito, independentemente de rescisão, enquanto estes "necessitavam de uma acção em justiça e de uma sentença para serem declarados nullos."

Sobre a doutrina francesa, Planiol, citado por Bevilaqua, destaca a falta de harmonia entre os escritores gauleses como D´Argentré, Bouhier, Guyot, Domat e Pothier, no que tange à tentativa de classificação dos atos nulos e anuláveis.

No âmbito do Código Civil brasileiro de 1916, Bevilaqua[98] justifica a ausência de previsão das hipóteses de inexistência do matrimônio nos seguintes termos: "não se refere o Codigo aos casamentos inexistentes, que não necessitariam de um debate judiciario para ser declarados taes."

Realçando o caráter laico do Estado, o Código Civil de 1916, em seu art. 180, determinava que "a habilitação para casamento faz-se perante o oficial do registro civil".

No que tange aos impedimentos, o Código Bevilaqua indicou, expressamente, as hipóteses nas quais isso ocorria:

---

[97] BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 335.
[98] BEVILAQUA, Clovis. **Codigo civil** ..., p. 65.

> Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209):
>
> I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil.
>
> II. Os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo.
>
> III. O adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante (art. 376).
>
> IV. Os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive.
>
> V. O adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva (art. 376).
>
> VI. As pessoas casadas (art. 203).
>
> VII. O cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado.
>
> VIII. O cônjuge sobrevivente com o condenado como delinqüente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte.
>
> IX. As pessoas por qualquer motivo coactas e incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).
>
> X. O raptor com a raptada, enquanto esta não se ache fora do seu poder em lugar seguro.
>
> XI. Os sujeitos ao pátrio poder, tutela, ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador (art. 211). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).
>
> XII. As mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.
>
> XIII. O viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal (art. 226). (Vide Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).
>
> XIV. A mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho.
>
> XIV. A viuva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nullo ou ter sido annullado, até dez mezes depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo dér á luz algum filho. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919).
>
> XV. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escrito autêntico ou em testamento.
>
> XVI. O juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.

Por seu turno, o art. 207 do referido código determinava ser “nulo e de nenhum efeito, quanto aos contraentes e aos filhos, o casamento contraído com infração de qualquer dos nºs I a VIII do art. 183.” Mais adiante, dizia o Código Bevilaqua:

> Art. 315. A sociedade conjugal termina:
>
> I. Pela morte de um dos cônjuges.
> II. Pela nulidade ou anulação do casamento.
> III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

No cotejo aos artigos citados, percebe-se que não havia expressa previsão legal de impedimento ao casamento entre pessoas do mesmo sexo no Código Civil de 1916. Tal ausência, portanto, estava em sintonia com o pensamento de Clovis, pois, em seu sentir, o código estava dispensado de se referir aos casamentos inexistentes.

Em seus comentários ao art. 192 do Código Civil de 1916, Clovis[99] lembrou que:

> O Codigo não se preoccupa com a consagração religiosa do casamento, que póde anteceder ou succeder o acto civil. Está nos costumes a precedencia do acto civil, mas a lei, por causa da separação completa entre o temporal e espiritual, que a constituição traçou, não tomou providencia alguma a respeito, apezar dos abusos devidos á má comprehensão das coisas, que tinham revelado alguns sacerdotes catholicos, creando, no espirito dos crentes, uma injusta prevenção contra o casamento legal. Felizmente, a harmonia já entrou entre os dois poderes no Brasil, o civil e o ecclesiastico.

Tratando do art. 207 do Código Civil de 1916[100], Clovis leciona que, tratando-se de dispositivo de ordem pública, por dizer respeito à "essencia e ao caracter moral do casamento" a anulação poderia ser pedida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público.

No início do século XX, Virgílio de Sá Pereira[101]ensina que o Código Civil de 1916 estabeleceu um sistema exclusivo de nulidades no que tange ao casamento, sistema esse apartado do direito comum.

Nesse sentido, o aplicador do direito deveria encontrar a solução para todas as hipóteses, inclusive as de inexistência, nas mesmas circunstâncias indicadas pela doutrina francesa, a saber: ausência de celebração, ausência de consentimento e identidade de sexo.

---

[99] BEVILAQUA, Clovis. **Codigo civil dos estados unidos do Brasil commentado**. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922, p. 42.
[100] BEVILAQUA, Clovis. **Codigo civil...,** p. 65
[101] PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Fluminense, 1923, p. 144.

Lamentando a ausência no Código Civil de um dispositivo semelhante ao art. 146 do Código Civil francês, Virgílio de Sá Pereira[102]concluiu que "é da essencia do casamento que os conjuges sejam de sexo differente".

Lafayette Rodrigues Pereira[103] comunga a mesma opinião, ao lecionar que "o casamento é o acto solemne pelo qual duas pessoas de sexo differente se unem para sempre, sob a promessa reciproca de felicidade no amor, e da mais estreita communhão de vida."

Na mesma trilha, ainda sob o Código Bevilaqua, Almachio Diniz[104]sustentou que não há previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, do casamento inexistente, ou seja, "todos os casamentos existem até que a sua annullação se decrete", mediante ação ordinária que decrete sua nulidade.

Para o jurista baiano, até que haja o trânsito em julgado da sentença, "todos os casamentos existem, pelo que, differentemente do que acontece com os actos juridicos em geral, não ha, no casamento, nullidades de pleno direito, isto é, nullidades virtuaes, que annullem o acto por sua propria manifestação."

Por seu turno, Pontes de Miranda[105] destaca que não se deve confundir os impedimentos com as condições necessárias e essenciais à existência do matrimônio, posto que, apesar de serem ambas "causas impeditivas", "os obstáculos à existencia do casamento são tão evidentes e de um valor tão absoluto, consubstancial ao contracto do matrimonio, que os codigos nem sequer os mencionam."

Para Pontes de Miranda, se o requisito infringido disser respeito à existência do casamento, o mesmo, em verdade, não se dará.

Nesse caso, não se há falar em nulidade ou anulação, posto que o contrato nunca existiu, ao contrário do ato nulo, o qual, ainda que viciado, teve vida jurídica e conserva sua existência, ainda que precária, enquanto não se requerer sua nulidade.

---

[102] Ibidem, p. 49.
[103] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de familia**. Annotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgilio Maia & Comp., 1918.
[104] DINIZ, Almachio. **Institutas de direito civil brasileiro**: nullidades e annullações do casamento. Tomo 19. São Paulo: Saraiva, 1928, p. 16.
[105] PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Direito de familia**: exposição thecnica e systematica: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. 41-44.

Após ressaltar as condições necessárias à existência do casamento, Pontes de Miranda conclui:

> Dest´arte, uma união, ainda solemnemente feita, entre duas pessôas do *mesmo* sexo, não constitue um matrimonio, porque elle é, por definição, um contracto do homem e da mulher, *viri et mulieris conjunctio*, com o fim de procriação. Advirta-se, porém, que a conformação viciosa ou mutilação dos orgams sexuaes não tornam impossivel a existencia do casamento, se o sexo pode ser reconhecido e differe do sexo do outro conjuge. A ignorancia de defeito physico irremediavel ou de molestia grave e transmissivel entra na classe dos impedimentos dirimentes relativos: concerne, portanto, á validade, e não á *existencia* do casamento.
> ...
>
> Mas se, no caso de conformação viciosa, predominar o sexo igual ao do outro conjuge, estará expressa a figura da igualdade sexual, e, *ipso facto*, *inexistente* o casamento. Dar-se-á o mesmo em caso de indistincção sexual, *quia conjuge non habet sexum*.

Sob a epígrafe "regras geraes sobre casamentos inexistente", Pontes de Miranda analisou a questão sob a ótica processual:

> Os princípios que regem as nullidades não se applicam aos casamentos inexistentes. Esses casamentos não permittem sequer a acção de nullidade propriamente dita. Póde o interessado, porém, requerer uma declaração ao juiz, que, examinando o titulo e a situação de facto, dirá se elle é inexistente ou nullo, se a situação tem ou não tem *existencia* legal. Não pode o juiz recusar-se a isso pois a inexistencia do casamento pode ser invocada por interessados, legitimamente.
>
> O casamento nullo é eivado de vicios que lhe dão uma existencia precaria, o inexistente é uma simples apparencia, mas por vezes terá o juiz ou a parte a necessidade de proclamar a sua inexistencia juridica. Póde mesmo o juiz declaral-a *ex-officio*, embora não possa fazer o mesmo em se tratando de nullidade.

Com efeito, o casamento é considerado inexistente quando ausente pelo menos um dos três requisitos fáticos que representam *conditio sine qua non* à sua existência, ou, nas palavras de VENZI[106], "essenciais à existência mesmo do matrimônio [...] a diferença de sexo [...] o consenso dos cônjuges [...] a celebração na forma determinada pela lei."

---

[106] VENZI, op. cit., p. 558-559 - "essenziali all´esistenza stessa del matrimonio [...] la differenza di sesso [...] il consenso degli sposi ... la celebrazione nelle forme richieste dalla legge."

Eduardo Espinola[107], jurista baiano que tratou do tema na primeira metade do século XX, pontificou que "o casamento, como instituto do Código Civil, é a união **voluntária, mas indissolúvel, de duas pessoas de sexo diferente**, mediante **ato celebrado pela autoridade competente**, para a constituição da família legítima [grifo do autor]."

Após enfatizar que todos os autores, bem como todas as legislações modernas, a exemplo do art. 67 do Código Civil venezuelano, proclamam que o casamento inexistente não produz qualquer efeito, Espinola[108] arremata:

> Aquêles efeitos limitados que a lei reconhece aos casamentos anuláveis e ainda aos casamentos nulos contraídos de boa-fé, ou mesmo sem essa intenção inocente, de modo algum se desenvolvem, quando seja o caso de casamento inexistente. Nem em relação aos pretensos contraentes, nem em relação à prole. E, por isso, não poderá ser considerado putativo.

Por seu turno, Vicente de Faria Coelho[109] destacou a inaplicabilidade da teoria da inexistência ao direito pátrio por defender que o Código Civil de 1916 só tratou dos casamentos nulos e anuláveis:

> 10 – *CASAMENTO INEXISTENTE – Ato inexistente é uma contradictio in adiecto.* –É comum ouvir-se e, mesmo, ler-se, na linguagem forense, a expressão *casamento inexistente*. É das mais infelizes, principalmente em face do direito pátrio; pois, como vimos, o nosso Código Civil apenas reconhece casamentos *nulos* e *anuláveis*, como, de resto, na parte geral, só distingue atos *nulos* e *anuláveis*. Não se referiu a atos inexistentes, nem a casamentos inexistentes. E fez muito bem, porque ou há casamento ou não há casamento. Desde que para provar o matrimônio seja apresentada a respectiva certidão do têrmo lavrado pelo oficial do registro civil, muito embora possa estar eivado de vícios e nulidades, é evidente que o casamento existe. Não havendo certidão que o prove, é óbvio que não há casamento. Dizer-se casamento inexistente, mesmo nesta última hipótese, não é justificável, quanto mais em outras em que o ato, conquanto defeituosamente, se realizou.

Nesse ponto, Vicente de Faria Coelho[110] sustenta que o direito brasileiro não se pautou pela doutrina francesa, mas deu preferência ao modelo alemão, "mais racional, simples e convincente".

---

[107] ESPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954, p. 54
[108] Ibidem, p. 56.
[109] COELHO, Vicente de Faria. **Nulidade e anulação do casamento:** doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 24.

Por fim, concluiu Faria Coelho[111] no seguinte sentido: "a verdade, entretanto, é que na expressão *casamento inexistente* admite-se que haja casamento para, depois, declará-lo inexistente; ao passo que para nós, atendendo ao direito pátrio, ou não há casamento, ou êle existe. Na última hipótese, será válido, nulo, ou poderá ser anulado."

Sobre o tema, mister se faz ressaltar a advertência de San Tiago Dantas[112]:

> A teoria da nulidade do matrimônio se afasta em muitos pontos da teoria do ato jurídico em geral. Assim, por exemplo, um dos casos de nulidade ou de anulabilidade do ato jurídico está na incapacidade de quem o pratica. Se há incapacidade relativa, o ato é anulável, mas, em matéria de matrimônio, isto quase desaparece, ou por outra, se absorve no caso especial da incapacidade.

Em outra passagem, o mestre destaca[113] que "o direito prefere defender a família que se constitui a defender a liberdade das partes cuja vontade foi viciada."

Sobre o tema, destacou Zeno Veloso[114] que "a doutrina francesa clássica, anterior e posterior ao *Code Civil*, defendia o rígido princípio de que não se podia declarar nulidades, salvo quando estivessem expressamente previstas na lei, prevalecendo o antigo aforismo: *pas de nullité sans texte*."

Mais recentemente, Antonio Junqueira de Azevedo[115]enfatizou a dificuldade enfrentada pela doutrina o que tange ao aparentemente indissolúvel problema das nulidades.

---

[110] Ibidem, p. 25.
[111] Ibidem, p. 29.
[112] SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direitos de família e das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 198.
[113] SAN TIAGO DANTAS, op. cit., p. 199.
[114] VELOSO, Zeno. Nulidade do negócio jurídico. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de, ROSAS, Roberto. (org) **Aspectos controvertidos do novo código civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves ,; apresentação Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 602.
[115] "A doutrina alemã, em sua generalidade, e, na sua esteira, muitos juristas italianos e alguns brasileiros e de outras nacionalidades vêm, há muito tempo, falando em negócios inexistentes, negócios inválidos e negócios ineficazes, procurando caracterizar como não sinônimas essas expressões; todavia, não se tem conseguido fixar, com precisão, em que cada situação se distingue da outra. Talvez por causa dessa dificuldade, a doutrina francesa, em sua quase-totalidade, e a maior parte dos autores de outras nacionalidades somente se refiram a negócios inexistentes e a negócios inválidos, ignorando os ineficazes (isso quando não preferem limitar-se à categoria dos negócios inválidos, subdivididos em absolutamente nulos e relativamente nulos). Essa divergência, essa aparente impossibilidade de se chegar a uma clara definição dos termos, tem levado toda a doutrina da família romano-germânica a considerar das mais difíceis e intrincadas a teoria das nulidades. Sobre ela, pode-se dizer, sem blague, que o único ponto em que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito. A nosso ver, o aparente indissolúvel problema das

Não houve grande alteração sobre o tema na vigência do Código Civil de 2002. Renan Lotufo[116] esclareceu a opção do legislador do Código Civil de 2002 ao destacar que "na elaboração do Projeto do Código Civil, o Professor Moreira Alves preferiu ficar com a colocação *bipartida*, ou seja, deixando de tratar explicitamente a *existência*, argumentando que ao se legislar já se está no *plano de validade*, e, portanto, só se deve operar com os planos da *validade e da eficácia*. Tal colocação importa em presumir o campo da existência."

Por seu turno, Miguel Reale[117] sustenta que diversos autores, sem razão a seu ver, equiparam os atos inexistentes aos atos nulos, ou "os repelem como elementos estranhos ao Direito". Para o mestre, os atos anuláveis "podem ser recuperados e restituídos à saúde jurídica", enquanto os nulos "já entraram nos domínios do Direito e dele devem ser expulsos, pelos vícios de que padecem".

Finalmente, no que tange aos atos inexistentes, Reale entende que estes "não chegam a ingressar no mundo jurídico, mas lhe batem às portas com pretensão de entrar."[118]

Silvio Rodrigues[119] admite que a teoria do ato inexistente foi acolhida pela maioria dos doutrinadores, e acrescenta:

> A idéia surgiu na doutrina francesa, com a obra de Zacarias, e apareceu para solucionar um problema que se propunha de maneira relevante em matéria de casamento. Neste campo, e para manter a estabilidade do matrimônio, a doutrina apregoa e a jurisprudência acolhe o preceito de que não há nulidade virtual, ou seja, todas as eventuais nulidades do casamento devem constar expressamente da lei. *Pas de nullité sans texte!* Casos aparecem, entretanto, em que, embora não se encontre texto de lei, é inconcebível o casamento. Assim, por exemplo, a hipótese de matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo. Embora a lei silencie sobre tal nulidade, é evidente que esse conúbio não pode sobreviver, pois é do próprio conceito de matrimônio ser ele a reunião de pessoas de sexo diverso. O

---

nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas." AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

[116] LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte gera (arts. 1º a 232). 2. ed. v. 1. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 279.

[117] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 207.

[118] Ibidem, p. 208.

[119] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. 6ª tiragem (2007), v. 1, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 290-291.

> mesmo ocorre em caso de casamento celebrado por pessoa absolutamente incompetente, ou quando inocorrer celebração; ou ainda naquele em que as partes não manifestaram sua concordância.
>
> Nessas três hipóteses, em que falta um elemento substancial para a perfeição do ato, e nas quais a lei é silente sobre a questão da nulidade diz-se que o casamento é inexistente.

No entanto, e este parece ser o entendimento do saudoso mestre, Silvio Rodrigues ressalta que não são poucos os que condenam a ideia de ato inexistente, por ser inexata, inútil e inconveniente.

Refratário à teoria da inexistência, Silvio Rodrigues pontifica que "desde que se afaste o preceito de que não há nulidade sem texto – e tal preceito nunca existiu em nosso direito –, a idéia de ato jurídico inexistente perde sua razão de ser".[120]

Na opinião de José Luiz Gavião de Almeida[121], a legislação brasileira prescinde da criação doutrinária do "casamento inexistente", o qual nem sequer foi previsto pela mesma.

Gavião de Almeida defende a possibilidade, dentro da teoria das nulidades, e no âmbito do Código Civil, de se impugnar o casamento homoafetivo, sem a necessidade de se arrimar na doutrina francesa da inexistência.

E justifica seu ponto de vista esclarecendo que, por ser prevista, "como causa específica de invalidação", em diversos dispositivos do Código Civil, a diferença de sexo como "objeto do casamento", o casamento que for celebrado em agressão a tal princípio é ilícito, e, como tal, pode ser combatido nos termos do art. 166, II, do Código Civil.

---

[120] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. v. 6. rev., e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

[121] "O casamento inexistente não foi previsto em nossa legislação, que dele prescinde. Trata-se de criação do direito francês, em virtude de regra legal lá existente no sentido de "não existirem nulidades sem texto". (Não há nulidades virtuais, só nulidades textuais.) Essa máxima não se aplica entre nós, e foi criada para resolver o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o casamento sem celebração e o casamento sem manifestação de vontade. Não havendo, na França, regra que considerasse nulos tais matrimônios, não podiam eles ser invalidados. Foi preciso criar a teoria da inexistência para não permitir a manutenção e o reconhecimento desses enlaces. A inexistência tinha por característica a desnecessidade de dissolução do ato. Mas não poderia ser considerado putativo e os presumidos cônjuges não estavam inibidos para novas núpcias. Não havendo, entre nós, aplicação da citada máxima no sentido de só existirem nulidades textuais, os defeitos citados podem ganhar solução na teoria da nulidade. A diferença de sexo, por exemplo, conquanto não prevista como causa específica de invalidação, está presente em inúmeros dispositivos do Código Civil. O art. 1.565 do Código Civil, ao tratar dos efeitos do casamento, fala em marido e mulher. O art. 1.514 do Código Civil, ao tratar do momento da celebração, refere-se a homem e mulher. O art. 1.723 do Código Civil, quando regula a união estável, menciona que é ela constituída por um homem e uma mulher.O Código Civil, por isso, fala em diferença de sexo como objeto do casamento. Sem esse requisito, o objeto do contrato é ilícito, ensejando a nulidade prevista no art. 166, II, do Código Civil." ALMEIDA. José Luiz Gavião de. **Direito civil**: família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 72.

Washington de Barros Monteiro[122], discorrendo sobre a invalidade do negócio jurídico, lembra que a questão no Brasil foi tratada basicamente no âmbito doutrinário, pois a lei não se refere especificamente ao ato inexistente:

> A doutrina distingue, por conseguinte, do ponto de vista de sua imperfeição, três tipos de atos, formando, por assim dizer, verdadeira gradação no que concerne à sua intensidade: negócios inexistentes, negócios nulos e negócios anuláveis. Outras imperfeições podem ainda ocorrer, constituindo, porém, meras irregularidades que, de somenos importância, não chegam a afetar a higidez do negócio jurídico.
> Nosso Código não se referiu, de modo explícito, à primeira categoria, tida presentemente como inútil complicação. O legislador pátrio considerou o ato inexistente simples fato, inidôneo à produção de conseqüências jurídicas. Diz mesmo NIBOYET que a palavra inexistente é assaz perigosa, um pára-raios que atrai relâmpagos.
> A rigor, nem carece ser declarada sua ineficácia por decisão judicial, porque o ato, em verdade, jamais chega a existir, nem é possível invalidar o que não existe. Ato inexistente é o nada. A lei não o regula, porque não há necessidade de disciplinar o nada.

Caio Mário da Silva Pereira[123], citando Sá Pereira, lembra que "em matéria de casamento são tantas as exceções consagradas que quase diría-mos haver uma teoria especial de *nulidade neste terreno*", e conclui:

> Assim é que a incapacidade absoluta do agente, de que provém a nulidade, leva à anulabilidade do matrimônio; a declaração de nulidade do negócio jurídico pode ser pronunciada pelo juiz quando conhecer do ato ou de seus efeitos, ao passo que a nulidade do casamento somente pode ser postulada por ação direta, na qual será nomeado curador que o defenda. Por outro lado, aceita em doutrina e admitida pelos tribunais, embora não consagrada na lei, a teoria do ato inexistente é uma quebra de sistemática.
>
> ...
>
> Ao lado da nulidade e da anulabilidade, cogita a doutrina da *inexistência* do negócio jurídico. Não se encontrava no Código de 1916 menção a esta categoria de ineficácia, por ter o legislador recusado consagrar na lei o princípio que o Projeto Beviláqua havia assentado. Nem no Código de 2002 encontrou abrigo a teoria. Não obstante isto, a doutrina do ato inexistente completa a matéria da ineficácia do negócio jurídico, repercutindo no pretório, pois decisões judiciais autorizam afirmar que a jurisprudência a tem acolhido.
>
> ...
>
> Imaginada por Zacchariae, aceita por Demolombe, divulgada por Aubry e Rau, desenvolvida pelas doutrinas francesa e italiana, encontra geral e boa acolhida a teoria da inexistência. Boa, porém não pacífica, pois há quem defenda a sua

---

[122] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: parte geral. 42. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 326-327.
[123] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. Rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 24. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 542-543.

> desnecessidade ou declare a distinção mera sutileza bizantina, e quem se plante até na recusa aos seus méritos científicos, raciocinando que a própria expressão ato inexistente não passa de uma contradictio in adiectio, por ver que o ato pressupõe a existência de algo, e a inexistência é a sua negação. Dentre os que aceitam a tese, autores há que lamentavelmente confundem casos de ato inexistente com ato nulo, e até com ato anulável.

Lembrando que o direito romano não conheceu tal teoria, Caio Mário da Silva Pereira prossegue:

> Muito embora as fontes registrem que quando *nullum est negotium nihil actum est*, a teoria do ato inexistente nasceu de um raciocínio de Zacchariae, a propósito da ineficácia do casamento, quando falta consentimento. No nosso direito, como no francês, a teoria é constituída pela abstração dos juristas e admitida sem um texto que a consagre. Doutrinariamente, e sem embargo de seus opositores, tem fundamento a diferenciação se se atentar em que o ato nulo tem existência como figura jurídica, apesar de lhe recusarem a ordem legal as consequências naturais. Já o ato inexistente não passa de *mera aparência de ato*, insuscetível de quaisquer efeitos, plenamente afastável com a demonstração de sua não realização.
>
> ...
>
> O ato jurídico inexistente é aquele a que falta um *pressuposto material* de sua constituição. Não é o mesmo que nulidade, porque no ato nulo estão presentes os pressupostos de fato, em virtude dos quais o ato negocial chega a formar-se, porém frustro nos resultados, dada a contravenção a alguma disposição de ordem pública.

Sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, Caio Mário[124] foi enfático:

> Pode, ainda, a inexistência provir da falta de um pressuposto específico daquele ato, como se dá, por exemplo, com o casamento, que põe na diversidade de sexos um requisito fundamental. Nenhuma lei declara que o matrimônio de duas pessoas do mesmo sexo é ineficaz, mas, como a dualidade é da própria natureza da instituição, afirma a doutrina e aceitam os tribunais que, se vem a faltar, o ato é inexistente.

E concluiu o mestre ressaltando que "em matéria de casamento, a teoria da inexistência tem importância maior, se se levar em conta que ali não se tolera nulidade virtual".

Sílvio de Salvo Venosa[125] lembra que a teoria da inexistência, conquanto nascida no âmbito do matrimônio, passou a influenciar também a teoria geral dos negócios

---

[124] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. Rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 24. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 543-544.

[125] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2003, p. 587.

jurídicos, e que, embora, na prática, as consequências do ato nulo e do inexistente se assemelhem, pode haver situações em que isso não seja verdadeiro, e arrematou:

> Alguns autores têm a teoria dos atos ou negócios inexistentes por inconveniente e inútil. Todavia, não podemos negar que por vezes o jurista, perplexo, na enorme variedade de fenômenos que o cerca, encontrará casos típicos de inexistência do ato. Embora se diga que o ato ou negócio inexistente prescinda de declaração judicial, a aparência de ato pode ser tão palpável que a declaração por sentença talvez se mostre necessária. A declaração judicial, no entanto, terá os mesmos efeitos da declaração de nulidade, à qual, para efeitos práticos, a inexistência se assemelha.

Já de Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, lembra que, na concepção jurídica, casamento "designa o contrato solene que, gerando a *sociedade conjugal* ou formando a *união legítima* entre o homem e a mulher" estabelece os deveres e as obrigações recíprocos em relação aos cônjuges e à eventual prole.[126]

O professor Jorge Shiguemitsu Fujita[127] define o casamento como "a união entre o homem e a mulher, em conformidade com a lei, que objetiva a formação de uma família, caracterizada pelo amor e pelo respeito recíprocos, assim como pela assistência material entre eles e também por eventual prole."

Para Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, casamento é 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."[128]

No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 constou, expressamente, que a Assembléia Nacional Constituinte foi constituída para "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...] como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos."

---

[126] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 5. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 311.
[127] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 24.
[128] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 126.

O art. 1° da Carta Magna elencou, dentre os princípios fundamentais da República, a "dignidade da pessoa humana".

O art. 3º do mesmo diploma legal incluiu, dentre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso IV).

O art. 5º, *caput*, garante que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", enquanto seu inciso X determina que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas".

Por fim, dentre os chamados "princípios constitucionais sensíveis", elencados no art. 34, VII, da Carta Magna, encontram-se os direitos da pessoa humana (alínea "b").

Tais dispositivos constitucionais pavimentaram a construção jurisprudencial brasileira, de forma a, paulatinamente, passar a mesma a mitigar a necessidade da diversidade de sexo como elemento essencial à constituição do casamento.

Nesse sentido, tem-se notícia da primeira autorização judicial para a conversão de união estável homoafetiva em casamento concedida no país[129], deferida pelo Dr. Fernando Henrique Pinto, Juiz de Direito da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Jacareí/SP.

No mesmo sentido, o Dr. Luís Antônio de Abreu Johnson, Juiz de Direito da Comarca de Lajeado/RS, reconheceu o casamento homoafetivo contraído no exterior entre um brasileiro e um britânico.[130]

No entanto, segundo o magistério de Ana Paula Ariston Barion Peres[131] "conquanto a Constituição tenha ampliado o conceito de família, pois retirou a exclusividade do

---

[129] O GLOBO. Juíz de Jacareí, em SP, autoriza primeiro casamento gay registrado no Brasil. **O Globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/06/27/juiz-de-jacarei-em-sp-autoriza-primeiro-casamento-gay-registrado-no-brasil-924776128.asp> Acesso em: 30 jun. 2011 às 00:15h.

[130] ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. **Reconhecido casamento entre homens registrado no exterior.** 5 jan. 2012. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar_noticia.asp?ID=35998>. Acesso em: 13 jun. 2012 às 13:37h.

[131] PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais**: fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.

casamento para albergar a família monoparental e a união estável entre pessoas de sexo diverso, silenciou a respeito da união homossexual".

Este, também, o entendimento de Flávio Tartuce e José Fernando Simão[132], na obra "Da União Estável", onde defendem que "o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo clama por alteração do Texto Maior".

Em interessante artigo intitulado "Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária?", o professor José Fernando Simão[133], lembrando os ensinamentos da Escola da Exegese francesa, destacou que nem Código Civil nem a Constituição Federal brasileira exigem a dualidade de sexo como elemento de existência do casamento:

> Quando se tratava historicamente de casamento de pessoas do mesmo sexo, à luz dos ensinamentos de Zachariae von Linghental ocorridos em meados do Século XIX, dizia-se que o casamento era inexistente e não inválido.
>
> Note-se: a dualidade de sexos era compreendida como elemento de existência do casamento. A escola da exegese francesa, que tem em Aubry e Rau seus expoentes, afirmava que o ato que não reúne os elementos de fato de sua natureza e sem os quais é logicamente impossível, deve ser considerado não apenas nulo, mas inexistente.
>
> Fato é que a noção jurídica de existência ou não de um instituto sofre alterações conforme a mudança social que se opera.
>
> O Código Civil e a Constituição Federal brasileira não exigem dualidade de sexo como elemento de existência do casamento. Se muda a realidade social, mudam também os elementos de existência do casamento.
>
> Assim, o STJ, ao admitir o casamento de pessoas do mesmo sexo, apenas percebeu que o conceito de casamento se alterou com o passar dos séculos. Não se trata mais de união entre o "homem e a mulher", mas sim de união entre "pessoas".
>
> ...*omissis*
>
> Para que se admitisse o casamento de pessoas do mesmo sexo, não havia necessidade de mudar o Código Civil porque não há artigo que expressamente determine: o casamento se dá entre o homem e a mulher.

---

[132] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Da união estável**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 294.

[133] SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária? Parte3. **Jornal Carta Forense**. 1 fev. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamia-casamento-homoafetivo-escritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria--parte-3/10376> Acesso em: 16 mar. 2013.

Em sua obra "Estatuto da Família de Fato", Álvaro Villaça de Azevedo sustenta que "todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial".[134]

Tratando do Código Civil de 2002, Luiz Edson Fachin leciona que o mesmo "nasce desatualizado e excludente", pois, em que pesem os 25 anos gastos nos debates legislativos, é fato que o mesmo não regulamentou temas importantes como as famílias monoparentais e as uniões de pessoas do mesmo sexo[135], e arremata[136]:

> O desenho familiar não tem mais uma única configuração. A família se torna plural. Da superação do antigo modelo da *grande-família*, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos.

É evidente que a complexidade do tema tratado desafia o operador do direito ao envolver questões que transcendem os limites do direito, invadindo a seara da filosofia, da sociologia, da antropologia, da psicologia, dentre outras.

Nas palavras de Paulo Nader, "forças sociais atuam sobre o Estado, buscando o reconhecimento como *entidade familiar* para certas uniões, como a homoafetiva."[137]

Como lembra Cláudia Thomé Toni em seu Manual de Direitos dos Homossexuais, o reconhecimento, *de lege ferenda*, da homoafetividade como "entidade familiar" e não como mera "sociedade de fato", implicaria profundas consequências em diversos nichos do mundo jurídico, a exemplo dos alimentos, sucessão, conversão da união estável em casamento, adoção, poder familiar, curatela, uso do nome do companheiro, bem de família, sub-rogação na locação de imóveis, direitos possessórios dos companheiros sobre os bens adquiridos durante a união, parentesco por afinidade, dever de lealdade, respeito e

---

[134] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 465.
[135] FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 432-433.
[136] Ibidem, p. 443.
[137] NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: direito de família. 3. ed. v. 5. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4.

assistência, aos quais acrescentaríamos os direitos inerentes à previdência social, direitos trabalhistas, direito penal, necessidade da outorga do companheiro, nos casos previstos no art. 1.642, IV, do Código Civil, dentre outros.

O art. 1.514 do Código Civil determina 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.”

No mesmo sentido, o art. 1.517 prevê que “o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.” Ambos os artigos tiveram sua constitucionalidade questionada pela doutrina.

Da mesma forma os artigos 1.565, 1.723 e 1727, os quais tratam do regime de comunhão parcial, da união estável e do concubinato, respectivamente, e não deixam margem à dúvida no sentido de que, por qualquer ângulo que se observe, o direito de família, disciplinado no âmbito do Código Civil brasileiro, é voltado para a união entre o homem e a mulher, donde se conclui que o Código, ao se reportar à “família”, se refere aos grupos formados pelo casamento ou pela união estável entre um homem e uma mulher.

Conclui-se que o Código Civil em vigor, a exemplo do código revogado, tratou o casamento como sendo um contrato entre duas pessoas de sexo distinto. Porém, ambos deixaram de incluir, dentre as hipóteses de nulidade, o matrimônio realizado sem a observância desse requisito.

Assim, se em matéria de casamento, não há nulidade virtual, não existe, no âmbito do Código Civil, tipificação específica para a impugnação do casamento homoafetivo, restando ao operador do direito socorrer-se dos princípios constitucionais.

Tal fenômeno se explica pelo fato de que o projeto do Código Civil de 2002 tenha sido apresentado em 1975, portanto em plena ditadura militar, enquanto a Constituição Federal em vigor data de 1988, período de intenso exercício das liberdades democráticas.

Com efeito, “sendo a Constituição um sistema aberto, principialista e axiológico, tem maior preponderância, na sua concretização, a aplicação dos princípios em relação às regras constitucionais.”[138]

Sobre o tema, Maria Berenice Dias ressaltou que “se a prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que o relacionamento de duas pessoas mereça a proteção legal, não se justifica deixar ao desabrigo do conceito de família a convivência entre pessoas do mesmo sexo.”[139]

Adriana Maluf[140], ao lado de outros expoentes da doutrina nacional, como Zeno Veloso, Silvio Venosa, Carlos Mário da Silva Pereira, San Tiago Dantas, Regina Beatriz Tavares da Silva, Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf, Silvio Rodrigues, e Gérard Cornu, se filia à corrente da inexistência do casamento entre pessoas do mesmo sexo, e destaca que, “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.”

Mais adiante, no entanto, Adriana Maluf[141] admite uma possível transição brasileira a partir da assimilação, num primeiro momento, da união estável homoafetiva, para após se pensar em casamento homoafetivo:

> Consideramos, ainda, embora favoráveis 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 vêm 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.

---

[138] PACE, Maria Clayde Alves. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo**: direito fundamental garantido no sistema constitucional brasileiro. In: Anais do XIV Encontro Preparatório para XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 814.
[139] DIAS, Maria Berenice. **União homossexual**: o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 56.
[140] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 153.
[141] Ibidem, p. 159.

Carlos Alberto Dabus Maluf, professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em obra recentemente publicada[142], confirma tal entendimento ao lecionar que a diversidade de sexos "constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais."

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva[143] ratificam a inexistência do casamento nas três hipóteses geralmente destacadas pela doutrina - identidade de sexos, ausência de consentimento e falta de celebração - ressaltando, no que tange à primeira, o exemplo histórico do casamento entre Nero e Sporus:

> Em matéria de casamento, ocorrem também hipóteses em que se verifica a inexistência do ato. Assim, por exemplo, é inexistente o casamento civil de duas pessoas do mesmo sexo, como outrora sucedeu com Nero e Sporus, porque do casamento é condição vital a diversidade de sexo dos nubentes. Se este, entretanto, é apenas duvidoso, em virtude de vício congênito de conformação, cuidar-se-á de mero caso de anulabilidade, por erro essencial, e não de inexistência do casamento.

Por seu turno, André Gonçalves Fernandes[144] sustenta que:

> O matrimônio é uma instituição comum a todas as culturas de todos os tempos e lugares, não só coexistindo com outras fórmulas, como a poligamia ou poliandria, mas, sobretudo, constituindo o resultado final da destilação crítica destas fórmulas e ensaios. Trata-se de uma realidade primordialmente vital, anterior à própria organização social e ao Estado. Não deriva deles e os supera. Logo, o direito deve moldar-se à natureza do matrimônio e não ser manipulado ao bel-prazer do legislador.

Na opinião de Antonio Jorge Pereira Junior[145], "pode-se reconhecer que o casamento, a união estável e a família monoparental são bases da sociedade, na medida em que tais estruturas associativas têm o efetivo potencial de criar e recriar, naturalmente, o tecido social completo: compõem a tessitura constitutiva e são fontes de perpetuação da

---

[142] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.
[143] **Curso de direito civil**: direito de família. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, p. 176.
[144] FERNANDES, André Gonçalves. Homossexuais: direito ao matrimônio? In: **Direito e Dignidade da Família** – Coimbra: Almedina, 2012, p. 120.
[145] PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. A família na Constituição do Brasil: missão, limites e responsabilidade: comentário ao art. 226º da Constituição de 1988. In: **Direito e Dignidade da Família**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

sociedade civil. As uniões homoafetivas, por sua vez, não gozam naturalmente desse potencial.”

Tratando dos “regimes especiais de invalidade” no âmbito do Código Civil português, Francisco Amaral[146] leciona que “essa diferença é uma das razões que dificultam a sistematização da matéria das nulidades. Aos negócios jurídicos que são instrumentos da autonomia privada e que, por isso mesmo, pertencem ao âmbito das relações jurídicas econômicas ou patrimoniais, aplicam-se as nulidades virtuais, enquanto aos atos jurídicos em senso estrito, como os de família, excluídos em geral do campo da autonomia privada, as nulidades textuais”.

No Brasil, tal conclusão é lógica, ao se cotejar as hipóteses de nulidade e anulabilidade do casamento, elencadas nos artigos 1.548 e 1.550, respectivamente, do Código Civil de 2002.

Não existe um dispositivo semelhante, positivado no Código brasileiro em vigor, no que tange às hipóteses de inexistência do matrimônio. Nesse sentido, tanto no Código Civil em vigor quanto no revogado, não houve o mesmo tratamento dado à matéria como o fez, por exemplo, o Código Civil português de 1966, o qual contemplou, expressamente, as hipóteses de casamento “juridicamente inexistente”, não deixando margem a dúvidas ao dispor que “é juridicamente inexistente: [...] o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo” (art. 1.628º, alínea "e").

Vale lembrar que tal dispositivo foi, posteriormente, revogado, expressamente, pela Lei n. 9, de 31/05/2010, a qual reconheceu a possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo no território português.

Assim, apenas de forma indireta se pode observar as hipóteses de inexistência do casamento pela ótica do legislador de 2002. Tais elementos – dualidade de sexo, celebração e consentimento – se encontram elencados nos artigos 1.533 à 1535 do Código Civil brasileiro em vigor.

No entanto, não há, no referido diploma, previsão expressa a ensejar a impugnação do matrimônio realizado sem a observância de tais elementos com base na inexistência. Em outras palavras, é “justamente no direito matrimonial que mais resplandece a evidência

---

[146] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 517.

dos atos inexistentes. Há a falta de um dos elementos essenciais e indispensáveis para a sua formação, ou de pressupostos, consistentes na diversidade de sexo, na celebração perante autoridade legalmente investida de poderes e no consentimento manifestado na forma da lei pelos nubentes."[147]

Sobre o tema, citando Márcio Moacyr Porto, Adriana Maluf[148]sustenta que "a admissão da categoria de casamento inexistente vale como uma complementação necessária ao capítulo das nulidades do ato, com a vantagem adicional de impedir que se arguam a prescrição e a decadência."

A teoria da inexistência é, hoje, majoritariamente aceita no Brasil, tendo dentre seus expoentes Pontes de Miranda, Carlos Alberto Dabus Maluf, Antonio Junqueira de Azevedo, e outros. No entanto a combatem doutrinadores da estatura de Almacchio Diniz, Silvio Rodrigues, Virgílio de sá Pereira, e Maria Alice Zaratin Lotufo.

Para aqueles que rejeitam a teoria da inexistência, na lição de Maria Helena Diniz, "basta a teoria das nulidades para a solução dessas questões"[149]. Nesse sentido, Vicente de Faria Coelho, citado por Arnaldo Rizzardo[150], defende que o Código Civil não cuidou do casamento inexistente, mas, somente, dos nulos e anuláveis, como também só fez entre os atos jurídicos nulos e anuláveis na parte geral, não se justificando a criação de uma terceira teoria de impugnação.

Virgílio de Sá Pereira, entre nós um dos maiores críticos da teoria da inexistência, leciona que a doutrina francesa deturpou os ensinamentos de Zachariae, "nela compreendendo não só a inexistência *de fato* como a *de direito*".

Concluiu Sá Pereira nos seguintes termos: "dizem êles também que não há consentimento quando é um incapaz quem o dá, o que é uma questão de direito. Tomou assim a teoria uma amplitude que não estava nos cálculos do jurisconsulto alemão".[151]

Para Francisco Amaral[152], "a conclusão a que se pode chegar, quanto a esse problema em nosso direito, é que não há interesse prático em distinguir a inexistência da

---

[147] RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 104.
[148] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Casamento inexistente** ..., p. 15.
[149] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 28. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.
[150] RIZZARDO, Arnaldo. op. cit., p. 104.
[151] PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. Lições do Professor Cathedrático de Direito Civil. 3. ed. Edição histórica. Atualizada legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 146-147.

nulidade, salvo em matéria de casamento, levando-se em conta que o inexistente não produz quaisquer efeitos, enquanto o nulo poderá produzi-los, se de boa-fé."

Analisando a nulidade do negócio jurídico, Zeno Veloso[153] abordou o tema da inexistência nos seguintes termos:

> Não-existir não é o mesmo que não valer. O negócio jurídico nulo não vale porque é deficiente, defeituoso, carente, falto, imperfeito. Mas é existente. Existe, mas é inválido. Apresentou elementos materiais suficientes para seu ingresso no mundo jurídico, mas eivado de vícios na sua formação, deixando de atender a algum ou alguns requisitos essenciais, do ponto de vista jurídico, para que fosse considerado válido.

Conclui-se que, aos olhos do legislador, por não conferir o casamento inexistente qualquer efeito jurídico, não houve necessidade de, a exemplo das nulidades, positivar-se um sistema fechado de hipóteses de inexistência.

Dessa forma se compreende a sintonia do posicionamento adotado pelo legislador de 1916 e de 2002 no sentido de excluir, por desnecessária, a referência às hipóteses de inexistência, particularmente em matéria matrimonial, fato esse que, porém, causou ao operador do direito o desconforto de não encontrar previsão legal ao enquadramento das três hipóteses definidas pela doutrina de inexistência do casamento – dualidade de sexo, celebração e consentimento.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira[154] ensina que, "embora nenhum texto o proclame, o matrimônio assenta no pressuposto fático da diversidade de sexos. Em todas as civilizações. Em todos os sistemas jurídicos. É uma condição de tal modo evidente, que dispensa a referência legislativa."

Apesar disso, a dualidade de sexo se apresenta apenas de maneira reflexa no Código Civil (artigos 1.514, 1.517, 1.535, *fine*), e não consta na Constituição Federal (artigo 226).

---

[152] AMARAL, Francisco. op. cit.,p. 513.
[153] VELOSO, Zeno. **Nulidade do negócio jurídico**, p. 597.
[154] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. Rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 19. ed. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 143.

A propósito do aspecto constitucional, Caio Mário[155] defende que apenas uma reforma constitucional poderia "afastar a heterossexualidade como base do casamento, afastando a condição de "inexistente" ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, como já o fizeram alguns sistemas jurídicos."

Sobre o tema, Maria Alice Zaratin Lotufo[156] defende que a dualidade de sexo é requisito de existência não apenas do casamento, mas também da união estável. Sustenta a professora Maria Alice que "quanto à possibilidade hoje, diante de nosso ordenamento jurídico, de estender-se o conceito de entidade familiar às chamadas relações homoafetivas, seja permitindo-lhes o casamento, seja admitindo-as como uniões estáveis, não se visualiza amparo legal, pelo contrário." E conclui citando diversos dispositivos legais como o art. 226, parágrafos 3º e 5º, da Constituição Federal, e arts. 1.514 e 1723 do Código Civil, todos exigindo a dualidade de sexos como requisito para a constituição de tais entidades familiares.

Carlos Eduardo de Andrade Maia[157], no entanto, entende que "não se pode atribuir à *união homoafetiva* a denominação de *união estável* homoafetiva", seja em face da inexistência da diversidade de sexos, seja pela impossibilidade, à luz do Código Civil, de sua conversão em casamento.

Para o ilustre advogado, o que a Suprema Corte fez foi admitir uma quarta espécie de entidade familiar, a união civil homoafetiva, e não a união estável homoafetiva, concluindo que a lei aplica as mesmas regras a ambas, "excetuada a possibilidade de conversão em casamento" no que tange à primeira.

Fábio Ulhoa Coelho[158] não se opõe ao casamento homoafetivo, no entanto, sem entrar no mérito da decisão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 1.183.378/RS), defende que somente com a alteração da Constituição Federal e da lei ordinária poderia se admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Até lá, apenas mediante prévia união estável, na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal.

---

[155] Ibidem.
[156] LOTUFO, Maria Alice Zaratin, op. cit., p. 574.
[157] MAIA, Carlos Eduardo de Andrade. União homoafetiva: uma nova entidade familiar. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, out./2011, p. A 16.
[158] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família: sucessões. 6. ed. rev. e atual. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36-37.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho defendem que a admissibilidade jurídica da união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo recomenda "previsibilidade legal específica". Já Carlos Roberto Gonçalves[159] e Roberto Senise Lisboa[160] consideram inexistentes as uniões homossexuais.

Por fim, o professor Álvaro Villaça Azevedo[161] leciona que, sendo os nubentes do mesmo sexo "não existe casamento tradicional, figura típica, como cuidada no Código Civil, embora, com o mesmo sexo, exista outra espécie de casamento, o homoafetivo [...]".

4.2 Jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade da existência da união estável homoafetiva, na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, determinando a exclusão de qualquer significado do art. 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

A mais alta corte de justiça do país, portanto, apesar da crítica recebida por parte da doutrina[162], mitigou o rigor da legislação constitucional e infraconstitucional, e permitiu que a convivência de pessoas do mesmo sexo pudesse constituir núcleo familiar.[163]

No julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378/RS[164], a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou recurso interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual negou o pedido de habilitação ao

---

[159] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 10. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.
[160] LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. 8. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013p. 102.
[161] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2013, p. 96.
[162] MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os dois supremos. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, maio/2012, p. B 4.
[163] TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Contratualização da família. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXII, julho/2012, n. 116, p. 61.
[164] REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Julgamento: 25/10/2011, Publicação: DJe 01/02/2012.

casamento de duas mulheres, em face da ausência de norma legal que previsse a possibilidade de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Segundo o tribunal local, se a ausência da lei fosse suprida pelo Poder Judiciário, tal ato implicaria na violação ao princípio da tripartição dos poderes, estampado no art. 2º, da Constituição Federal, o qual estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Na ocasião, a Turma, em decisão pioneira, adotou posicionamento favorável ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme ementa a seguir transcrita:

> DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DOMESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEMPARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.
> 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da *constitucionalização do direito civil*, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.
> 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar* , entendida esta como sinônimo perfeito de *família* .
> 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito *poliformismo familiar* em que *arranjos multifacetados* são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988,não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento- diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.
> 4. O *pluralismo familiar* engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

> 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, *pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família*.
> 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.
> 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. *Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença* . Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.
> 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.
> 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto estase reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.
> 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.
> 11. Recurso especial provido.

Pela importância atribuída ao Recurso Especial n. 1.183.378/RS, mister se faz a citação de algumas passagens dos votos dos magistrados que participaram do julgamento, integrantes da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Luis Felipe Salomão, relator, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos, ensejando o prosseguimento do processo de habilitação de casamento, e destacou que a Constituição Federal de 1988 inaugurou “uma

nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado".”

Ao destacar a flexibilidade morfológica da família na atualidade, Salomão sustentou que “a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.”

E concluiu que, se o Congresso Nacional não o faz, não pode o Poder Judiciário se omitir do papel de proteção dos socialmente vulneráveis, “sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.”

Por seu turno, destacou a Ministra Maria Isabel Gallotti que, “se o Supremo, intérprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a “homem e mulher”, no art. 226, §3º, da CF, não exclui, da abrangência do instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo motivo, a referência a “homem e mulher”, no art. 1.514, do Código Civil, não pode ser interpretado com esta restrição, afirmada inconstitucional pelo STF. O Direito é um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade.”

No mesmo sentido o Ministro Antonio Carlos Ferreira, para quem “é o casamento civil o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias”, razão pela qual o art. 226 da Carta Magna prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento. Na opinião do Ministro, considerando as incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais que o assunto levanta, “o ideal seria que o legislador aprimorasse a correspondente construção legal a propósito do assunto”.

Assim, o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal refletiu no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ao respaldar o entendimento de que, se as uniões entre

pessoas do mesmo sexo são aptas a caracterizar a “união estável”, também o são para o “casamento”.

Se, na visão do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal não limita o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, também não poderia fazê-lo o Superior Tribunal de Justiça em matéria de casamento.

O Ministro Marco Buzzi, ante a relevância da matéria, levantou questão de ordem, por entender que o processamento do recurso não deveria ficar restrito à turma, mas ser afeto à Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. No mérito, o ministro acompanhou o voto do relator, dando provimento ao recurso nos seguintes termos:

> Qualquer empecilho que se levante à admissão da validade dessa proteção parte unicamente de restrições ideológicas, discriminatórias da orientação sexual, o que não mais se admite no moderno Estado Democrático de Direito.
>
> Entre as finalidades do Estado também está a de tutelar valores morais, preservar costumes, permitir o convívio de diversidades e variados referenciais, atento a que a sociedade da era do consumo, ainda que distanciada do modelo humanístico, admita uma infinda variedade de *ethos vivendi*, gerados a contar da coexistência entre individualidades típicas e padrões plúrimos de convivência, não tendo mais lugar (o Estado) **apenas para impor** ao jurisdicionado parâmetros estereotipados. Agregar e fundar a fraternidade, a união das pessoas, protagonizar a tolerância e não criar normas que as deixem à margem do ordenamento jurídico, em função de credo, da classe social, da raça, da orientação sexual, precisamente porque o Estado não existe apenas para satisfazer ou legitimar os interesses das maiorias, e mesmo das classes dominantes, cumprindo-lhe velar também pelos direitos das minorias, sob pena de omitir-se exatamente no cumprimento de uma das suas principais funções, que é a de propiciar alternativas e sistemas de inclusão, repudiando discriminações que apenas aguçam o marginalizar de condutas destes que, como se está a ver, não mais se contentam em, acuados, ver como que apenas toleradas as suas opções de perfil sócio-familiar, almejando e merecendo, sim, se ver admitidos, sentir-se lídima e legitimamente incluídos, sem sobressaltos, no cotidiano rotineiro das gentes.
>
> *... omissis*
>
> Interpretação nesse sentido, reitere-se, somente pode ser obtida mediante o foco do preconceito e da intolerância, o que não se mostra admissível em nosso atual estágio de evolução humana.

Em seu voto, o ministro ressaltou, em homenagem à técnica da interpretação extensiva, que não é necessário afastar a vigência de qualquer dispositivo legal para se estender o casamento civil aos casais homoafetivos, uma vez que não há em nosso ordenamento jurídico qualquer norma que vede expressamente tal união, destacando que, o que existe, é “ ... um conjunto de normas que disciplina o casamento entre casal

heterossexual, entretanto, em nenhum momento esse mesmo ordenamento estabelece regra específica enunciando que somente será admitido o casamento para pessoas de sexo diverso, tampouco que proíba pessoas do mesmo sexo em contrair o casamento.”

Tal raciocínio se baseia na exegese que o Supremo Tribunal Federal deu, com efeito *erga omnes* e no âmbito da união estável entre casais homoafetivos (ADPF n. 132-RJ, convertida em ADIN), ao art. 226 da CF, ampliando o alcance da norma de modo a estender tal proteção jurídica também aos casais homoafetivos.

Em outras palavras, se o Supremo Tribunal Federal proibiu a distinção jurídica, no que tange à orientação sexual, entre casais homoafetivos e heteroafetivos, tal interpretação deverá ser a mesma no que tange a qualquer diploma infraconstitucional, de forma a manter hígida a sintonia com o entendimento da Suprema Corte.

O voto divergente coube ao Ministro Raul Araújo, o qual votou pelo não conhecimento do recurso, por entender que o mesmo abrigava questão de matriz constitucional, a desafiar, portanto, o recurso extraordinário, afeto ao Supremo Tribunal Federal.

Na opinião do Ministro “não se poderia aqui sanar omissão ou interpretar normas que, na essência, revelam-se de cunho eminentemente constitucional, sujeitas, portanto, ao crivo da egrégia Corte Suprema.”

É dizer, a legislação infraconstitucional se limitou a regulamentar as espécies de entidades familiares previstas na Constituição Federal.

Portanto, a eventual extensão do casamento civil aos casais do mesmo sexo seria matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, assim como ocorreu quando tais casais foram contemplados, pelo mesmo tribunal, com o reconhecimento da união estável (ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ).

O efeito vinculante decorrente do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal não poderia se estendido ao casamento, posto que a matéria discutida nas demandas constitucionais ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ se resumiu ao cabimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e não ao matrimônio, sendo certo que, sobre este tema a Suprema Corte nada deliberou.

Com tais considerações, concluiu o Ministro Raul Araújo:

> No julgamento do presente recurso especial, entendendo atuar sob efeito vinculante decorrente das decisões proferidas nas referidas ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, esta colenda Corte de Justiça, na realidade, está interpretando indevidamente aqueles acórdãos e, possivelmente, ampliando o conteúdo daqueles julgados do Pretório Excelso naqueles feitos. Ali, reconheceu-se a possibilidade de haver união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, enquanto aqui se está deliberando acerca de um outro instituto, o casamento civil, o qual não é um mero consectário ou apêndice (acessório) de uma união estável. O tradicional e milenar casamento civil e a inovadora e recente união estável são institutos jurídicos independentes, com previsões constitucionais e regramentos próprios.

Apesar de se tratar de julgado da lavra do Supremo Tribunal Federal, o qual se reportou à união estável homoafetiva e não, propriamente, ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, por sua importância e por ter sido citado inúmeras vezes quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, mister se faz a reprodução da ementa referente à ADI 4277/DF[165]:

> EMENTA:1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
> 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DOCONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o

[165] Rel. Min. Ayres Brito, Julgamento: 05/05/2011, Publicação: DJE 14/10/2011

que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de

> família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem *"do regime e dos princípios por ela adotados", verbis:"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*.
> 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.
> 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

No estado de São Paulo a jurisprudência também trilha no mesmo sentido, conforme recente acórdão da lavra do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual, em sede de apelação interposta em face de decisão que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, invocou o entendimento já consagrado pelos tribunais superiores quando do julgamento da ADI 4277, pelo Supremo Tribunal Federal, e do Recurso Especial n. 1.183.378, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, determinando ser defeso, ao registro civil das pessoas naturais, alterar a tendência já definida pelas cortes superiores de justiça, *verbis*:

> 01 - DJ – 0034412-55.2011.8.26.0071 – BAURU – Aptes.: Charles Bulhões Trevisan da Silva e Cauê de Oliveira Sena Ricarte – Apdo.: Juízo de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Bauru - Deu provimento ao recurso para determinar o prosseguimento do processo de conversão da união estável em casamento, salvo se por outro motivo estiverem as partes interessadas impedidas de contrair matrimônio, v.u.

ADVOGADOS: PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI – OAB/SP: 242.668, TAIS NADER MARTA – OAB/SP: 265.051 e FELIPE AMARAL BARBOSA – OAB/SP: 269.872

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL N° 0034412-55.2011.8.26.0071, da Comarca de BAURU, em que são apelantes CHARLES BULHÕES TREVISAN DA SILVA E CAUÊ DE OLIVEIRA SENA RICARTE e apelado o JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES da referida Comarca.

ACORDAM os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em dar provimento ao recurso para determinar o prosseguimento do processo de conversão da união estável em casamento, salvo se por outro motivo estiverem as partes interessadas impedidas de contrair matrimônio, de conformidade com o voto do Desembargador Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores IVAN RICARDO GARISIO SARTORI, Presidente do Tribunal de Justiça, JOSÉ GASPAR GONZAGA FRANCESCHINI, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, ANTONIO AUGUSTO CORRÊAVIANNA, decano, SAMUEL ALVES DE MELO JUNIOR, HAMILTON ELLIOT AKEL E ANTONIO CARLOS TRISTÃO RIBEIRO, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Privado, em exercício, e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 31 de maio de 2012.

(a) JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça, e Relator.

Voto

REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS – recurso interposto contra decisão que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo – orientação emanada em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.183.378) - Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional - Recurso provido.

Trata-se de apelação interposta por Charles Bulhões Trevisan da Silva e Cauê de Oliveira Sena Ricarte contra a r sentença de fls. 90/92, que indeferiu o pedido de conversão de união estável em casamento.

Aduzem os apelantes que a conversão requerida encontra amparo na ADPF nº 132 e ADIn nº 4277, no art. 5º, II, da Constituição Federal, e no art. 1.726, do Código Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 282/286).

É o relatório.

Embora não haja hierarquia entre cortes judiciárias, o Supremo Tribunal Federal tem por atribuição a guarda precípua da Constituição da República e o Superior Tribunal de Justiça a missão de unificar a interpretação do ordenamento em todo o Brasil.

Ambos decidiram ser possível o reconhecimento da proteção jurídica a conviventes do mesmo sexo. As ementas da Adi4277-DF, 5.5.2011, relatoria do atual Presidente do STF, Ministro AYRES BRITO, são eloquentes:

"PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITOCOMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOSFUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDAPRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃOFEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICAJURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DECONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIALPROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICASHORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONALDOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA"".

Idêntica a clareza das ementas redigidas pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, relator do REsp. 1.183.378-RS:

"DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1514, 1521, 1523, 1535 E 1565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF 132/RJ E DA ADI N.4277/DF."

Observe-se que nesse julgado o Superior Tribunal de Justiça, respaldado nos princípios fincados na Adi 4277/DF, do STF, admitiu a habilitação direta para o casamento entre pessoas do mesmo sexo sem a necessidade do prévio reconhecimento da união estável.

A partir da sinalização das Cortes Superiores, inúmeras as decisões amparadas e fundamentadas nesses julgados. Inclusive em São Paulo. Se, na via administrativa, fosse alterada essa tendência, o Judiciário se veria invocado a decidir, agora na esfera jurisdicional, matéria já sacramentada nos Tribunais com jurisdição para todo o território nacional.

Como servos da Constituição – interpretada por aquele Colegiado que o pacto federativo encarregou guardá-la – os juízes e órgãos do Poder Judiciário não podem se afastar da orientação emanada em caráter definitivo pelo STF.

É por isso que, doravante, os dispositivos legais e Constitucionais relativos ao casamento e à união estável não podem mais ser interpretados à revelia da nova acepção jurídica que lhes deram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

> Assim, a despeito das jurídicas razões contidas na sentença e no r parecer do Ministério Público, o recurso merece acolhimento.
>
> Ante o exposto, dou provimento ao recurso para determinar o prosseguimento do processo de conversão da união estável em casamento, salvo se por outro motivo estiverem as partes interessadas impedidas de contrair matrimônio.
>
> (a) José Renato Nalini, Corregedor Geral da Justiça e Relator.

Assim, pelo caráter normativo das decisões do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013) e, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Conselho Superior da Magistratura, tanto o magistrado quanto o registro civil das pessoas naturais não poderão opor empecilho aos pedidos de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, bem como a conversão da união estável em casamento, ainda que ausente legislação específica.

Com base o julgamento do Conselho Superior da Magistratura foi realizada, no dia 18/08/2012, a primeira conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo da cidade de São Paulo, conforme noticiou o jornal "O Estado de São Paulo"[166].

Nesse mesmo sentido casamentos homoafetivos têm ocorrido em outros estados da nação, a exemplo de Pernambuco, como relata o Conselho Nacional de Justiça.[167]

Conclui-se que, em verdade, não é o papel do Estado imiscuir-se no seio da sociedade conjugal a ponto de impedir que duas pessoas, sejam homo ou heterossexuais, exerçam o direito natural da busca à felicidade, uma vez que este também é um dos objetivos do Estado (promover o bem de todos – art. 3º, IV, da Constituição Federal).

Em outras palavras, se as uniões homoafetivas ocorrem com cada vez maior frequência principalmente nos grandes centros urbanos, e se o Estado, como dito, já reconheceu às mesmas diversas prerrogativas há várias décadas, conclui-se que a sociedade já tem maturidade suficiente para assimilar, sem maiores traumas, a união estável e o casamento homoafetivos.

---

[166] FREITAS, Jéssica. Primeiro casamento gay de SP é realizado em Itaquera. 18 ago. 2012. **O Estado de São Paulo Online**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,primeiro-casamento-gay-de-sp-e-realizado-em-itaquera, 918423,0.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012 às 23:54h.

[167] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Caruaru tem primeiro casamento homoafetivo do interior de Pernambuco. 11 jul. 2012. **CNJ.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/20221-caruaru-tem-primeiro-casamento-homoafetivo-do-interior-de-pernambuco>. Edição de 11/07/2012. Acesso em: 20 set. 2012.

Ao contrário dos que sustentam que tal medida representará o fim da família tradicional, é perfeitamente possível afirmar-se o contrário, pois, se o casamento sobreviveu ao divórcio e às outras modalidades de entidade familiar (união estável e monoparentalidade), certamente o fará também em relação à união estável e ao casamento homoafetivos.

É fato que os parceiros homoafetivos não representam qualquer ameaça à família tradicional, pois não contrairiam matrimônio com outra pessoa de sexo diverso, e, se o fizessem, seria por mera conveniência familiar, o que, ao invés de resolver um "problema" criaria diversos conflitos não só para os envolvidos mas para a eventual prole.

Mais que isso, tal união certamente acabaria em fracasso e em ressentimentos de ambos os lados, o que, é verdade, não é desejável a não ser pelos conservadores extremados, que preferem manter as aparências a qualquer custo, mesmo que isso custe a felicidade de outro ser humano.

Assim, não sendo a homossexualidade uma doença, não há sentido deixar-se à margem da lei relações afetivas que clamam por regulamentação, sendo dever do Poder Legislativo cuidar para que tal discriminação seja extirpada do corpo da Constituição Federal, mesmo que, para isso, haja que enfrentar poderosos grupos religiosos incrustados no seio daquele poder, cujo raciocínio arcaico não merece continuar a ditar as regras dentro do Congresso Nacional.

O posicionamento final foi dado pelo Poder Judiciário e pelo Conselho Nacional de Justiça[168], ainda que sem o respaldo do Poder Legislativo.

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça manifestou-se sobre o tema, através da Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, a qual dispôs sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, cujo teor é o seguinte:

---

[168] Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013

> **CONSIDERANDO** a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013;
>
> **CONSIDERANDO** que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo;
>
> **CONSIDERANDO** que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário;
>
> **CONSIDERANDO** que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo;
>
> **CONSIDERANDO** a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988;
>
> **RESOLVE:**
>
> Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
>
> Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.
>
> Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.
>
> Ministro **Joaquim Barbosa**

Na esteira das decisões proferidas pelos tribunais superiores, outras decisões surgiram da lavra dos tribunais locais.

a) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO DE CASAMENTO DE PESSOAS DO MESMO SEXO. HOMOLOGAÇÃO. Tendo em conta a vedação às autoridades competentes de recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, trazida pela Resolução nº 175 do CNJ, de rigor a manutenção da sentença que homologou a habilitação do casamento dos apelados. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70054229836, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/06/2013)
> Data de Julgamento: 27/06/2013
> Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2013

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. HABILITAÇÃO PARA CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR. GARANTIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, NÃO-DISCRIMINAÇÃO, DIGNIDADE DA PESSOA E LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. RECENTES JULGAMENTOS DOS COLENDOS STJ E STF QUE PERMITEM A HABILITAÇÃO POSTULADA. APELAÇÃO MINISTERIAL DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70052789930, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 10/06/2013)
Data de Julgamento: 10/06/2013
Publicação: Diário da Justiça do dia 13/06/2013

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO. CASAMENTO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. 1. Tendo em vista o julgamento da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, resta superada a compreensão de que se revela juridicamente impossível o reconhecimento de união estável, em se tratando de duas pessoas do mesmo sexo. 2. Considerando a ampliação do conceito de entidade familiar, não há como a omissão legislativa servir de fundamento a obstar a conversão da união estável homoafetiva em casamento, na medida em que o ordenamento constitucional confere à família a "especial proteção do Estado", assegurando, assim, que a conversão em casamento deverá ser facilitada (art. 226, § 3º, CF/88). 3. Inexistindo no ordenamento jurídico vedação expressa ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, não há que se cogitar de vedação implícita, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar. Precedente do STJ. 4. Afirmada a possibilidade jurídica do pedido de conversão, imperiosa a desconstituição da sentença, a fim de permitir o regular processamento do feito. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70048452643, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/09/2012)
Assunto: Direito de Família. União Estável. União homoafetiva. Casamento. Vedação. Inocorrência. Princípio da igualdade. Possibilidade jurídica do pedido. Sentença. Desconstituição.
Revista de Jurisprudência: RJTJRS, v-286/254
Data de Julgamento: 27/09/2012
Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2012

b) Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação. Retificação de Registro Civil. União homoafetiva. Inclusão do patronímico do companheiro. Possibilidade (art. 57 da Lei 6.015/73), até mesmo diante dos recentes entendimentos esposados pelos Tribunais Superiores, no sentido de admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277-DF). Observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Negativa que conduziria a conduta discriminatória em relação à opção sexual dos Apelados. Sentença de procedência mantida. Recurso não provido.
(Apelação nº 0080045-45.2010.8.26.0000 –São Paulo – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO x RICARDO MARCONDES MONTEIRO TCHOLAKIAN E OUTRO - 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo– Relator: João Pazine Neto – Julgamento: 02/07/2013– v.u.)

EMBARGOS INFRINGENTES - Acórdão desta Câmara que deu provimento ao apelo do autor e determinou sua inclusão como beneficiário de pensão do IPESP Embargos de Infringentes então interpostos pelo IPESP para ver prevalecido o voto divergente e julgada improcedente a demanda - Rejeição dos Embargos Infringentes de rigor.
1. Uma vez demonstrada a união homoafetiva entre o autor e o servidor público do estado falecido impõe-se o pensionamento na medida em que não se pode fazer distinção da união estável e até mesmo do casamento, não se exigindo a comprovação de dependência econômica que se presume.
2. Questão decidida em definitivo pelo C. STF no julgamento da ADPF nº 132 com efeitos "erga omnes" e vinculante.
Embargos Infringentes rejeitados.
(Embargos Infringentes nº 9193261-30.2007.8.26.0000/50002 – SãoPaulo – INSTITUTO DEPREVIDENCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO x JOSE APARECIDO RESADOR – 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de SãoPaulo – Relator: SIDNEY ROMANO DOS REIS – Julgamento:08/08/2011– v.u.)

c) Tribunal de Justiça do Paraná – Corregedoria:

DIVISÃO JURÍDICA DO DEPARTAMENTO
DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA
007/2013
PUBLICAÇÃO DE DECISÃO
DECISÃO PROFERIDA PELO EXCELENTÍSSIMO SENHOR
DESEMBARGADOR EUGENIO ACHILLE GRANDINETTI, CORREGEDOR DA
JUSTIÇA, NOS AUTOS DE SOLICITACAO Nº 2013.049.650-9/0.
SOLICITANTE: VAGNER DE OLIVEIRA SILVA.
SOLICITANTE: DANIEL PRESTES DE OLIVEIRA.
ADVOGADO: OLGA GURGINSKI, OAB/PR: 13580.
Vistos, ...
Trata-se de consulta formulada por Wagner de Oliveira da Silva e Daniel Prestes de Oliveira, por meio do qual questionam o posicionamento desta Corregedoria sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo-se em vista as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

... *omissis*

2. Em busca da melhor proteção ao princípio da igualdade, evitando decisões conflitantes nas diferentes comarcas, expeça-se instrução normativa, para que os magistrados e agentes delegados do Serviço Civil de Pessoas Naturais do Estado do Paraná observem a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, possibilitando a habilitação de pessoas do mesmo sexo para o casamento civil.
3. Publique-se.
Curitiba, 26 de março de 2013.

Curitiba, 26/03/2013
EUGÊNIO ACHILLE GRANDINETTI
Corregedor da Justiça

d) Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Corregedoria:

CIRCULAR N. 5 DE 29 DE ABRIL de 2013

Orienta os juízes, notários e registradores acerca do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Autos n. 0010797-84.2013.8.24.0600.

Senhor(a) juiz(a), notário(a) e registrador(a),

O Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão realizada nos dias 4 e 5 de maio de 2011, julgou procedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, firmou entendimento de que deve ser excluída do art. 1.723 do Código Civil qualquer acepção que possa impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar.

Como consequência natural da nova interpretação conferida pelo STF ao art. 1.723 do Código Civil e, também, em virtude do disposto no art. 1.726 do mesmo Diploma Legal, desencadeou-se uma série de decisões judiciais favoráveis à conversão de união estável de pessoas do mesmo sexo em casamento.

Esta Corregedoria, então, editou o Provimento n. 17/2011, que trata, pura e simplesmente, da lavratura de escritura pública de união estável, visto que o Pretório Excelso não se manifestou acerca da conversão de união estável em casamento e do casamento direto entre pessoas do mesmo sexo.

No dia 25 de outubro de 2011, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento ao Recurso Especial n. 1.183.378-RS para afastar o óbice relativo à diversidade de sexos e para determinar o prosseguimento do processo de habilitação para casamento civil entre duas mulheres do Estado do Rio Grande do Sul.

A decisão do STJ, diferentemente daquela proferida pelo STF, não gera efeito vinculante. Ela serve, tão somente, como importante precedente para auxiliar os magistrados em suas decisões. Não obstante, motivou as corregedorias de alguns Estados a regulamentarem a matéria por atos próprios.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.120/2013, que visa à alteração dos arts. 551, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.598, 1.642, 1.723 e 1.727 do Código Civil, para reconhecimento do casamento civil e da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Evidentemente que a edição de lei que regulamente a matéria seria a solução ideal para o impasse. Submeter, porém, os jurisdicionados que clamam por seus direitos constitucionais à espera, por vezes excessiva, da tramitação de um projeto de lei, não parece ser a medida mais plausível.

Assim, considerando todo o exposto, serve a presente circular para orientá-lo de que não há óbice à realização de casamento civil e à conversão de união estável em casamento civil, entre pessoas do mesmo sexo, e que os procedimentos, para tanto, devem ser os mesmos previstos no art. 615 e seguintes do Código de Normas desta Corregedoria-Geral da Justiça (CNCGJ).

Nesse compasso, importante destacar que o art. 629 do CNCGJ - reprodução do art. 1.535 do Código Civil - estabelece que a autoridade que presidir a celebração do casamento, após ouvir dos nubentes de que pretendem se casar por livre e espontânea vontade, declarará: de acordo com a vontade que

ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.

Certamente existe a possibilidade de a expressão marido e mulher, presente no art. 629, causar constrangimentos aos nubentes de mesmo sexo. Em que pese isso, entende-se que este não é o momento apropriado para promover qualquer alteração no referido dispositivo normativo. Isso porque se encontra em andamento o projeto de revisão que instituirá, no momento oportuno, alterações de ordem geral no CNCGJ.

Para afastar, então, eventuais constrangimentos, ressalta-se que o art. 629 do CNCGJ deve ser interpretado de forma extensiva, tal qual fez o STF em relação ao art. 1.723 do Código Civil. Desse modo, sugere-se que na celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo a expressão marido e mulher, inserta no art. 629, seja substituída por cônjuges ou outros vocábulos neutros.

Na oportunidade, renovo os meus protestos de consideração e apreço.

Vanderlei Romer

Corregedor-Geral da Justiça

ESTADO DE SANTA CATARINA
PODER JUDICIÁRIO
Corregedoria-Geral da Justiça

e) Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – Corregedoria:

PROVIMENTO N. 80, DE 25 DE MARÇO DE 2013

Altera a redação dos artigos 624, 624-A e 635 e acrescenta os artigos 624-B, 654-A e 670-D, no Provimento n. 1, de 27 de janeiro de 2003 - Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça.

A Corregedora Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, no uso da atribuição conferida no inciso XXIX do artigo 169 da Resolução n. 237, de 21 de setembro de 1995 e no inciso I do art. 58 da Lei n. 1.511, de 05 de julho de 1994;

Considerando que a Corregedoria Geral de Justiça é órgão de orientação e fiscalização do foro extrajudicial do Estado de Mato Grosso do Sul;

Considerando que o provimento é ato de caráter normativo e tem a finalidade de regulamentar, esclarecer ou interpretar a aplicação de dispositivos gerais;

... *omissis*

Considerando o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal – STF em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 – Rio de Janeiro, convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277 – Distrito Federal;

... *omissis*

Resolve:

Art. 1º Os artigos 624, 624-A e 635 do Provimento n. 1, de 27 de janeiro de 2003 - Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça, passam a vigorar com a seguinte redação:

...

"Art. 654-A. O casamento homoafetivo obedecerá às regras estabelecidas no Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça, registrado no Livro "B"."

"Art. 670-D. A conversão da união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo obedecerá às regras estabelecidas no Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça, registrado no Livro "B-Auxiliar"."

Art. 3º Este provimento entrará em vigor a partir de sua publicação.

Campo Grande – MS, 25 de março de 2013.

Des.ª Tânia Garcia de Freitas Borges

Corregedora Geral de Justiça

f) Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Corregedoria:

Provimento da CGJ regulamenta pedido de casamento igualitário
Notícia publicada pela Assessoria de Imprensa em 19/04/2013 17:39

O Provimento n° 25/2013 da Corregedoria Geral da Justiça objetiva atualizar a disciplina da Consolidação Normativa da CGJ a respeito dos procedimentos de habilitação de casamento, à luz da Lei Federal n° 12.133/2009 que alterou o artigo 1526 e parágrafo único do Código Civil em vigor, e aproveitou também para regulamentar o pedido de habilitação para casamento de pessoas do mesmo sexo, preservando a competência e o convencimento do Juiz de Registro Civil de Pessoas Naturais (RCPN). A medida permitiráainda mais celeridade aos procedimentos de habilitação encaminhados ao Juízo que entenda inexistir impedimento legal para o casamento igualitário (casamento de pessoas do mesmo sexo). O Juiz poderá, através de ordem de serviço, determinar que o Oficial do Serviço de RCPN somente lhe submeta o procedimento de habilitação de casamento de pessoas do mesmo sexo quando houver impugnação. Com essa medida, e sempre respeitado o entendimento do Magistrado competente, a Corregedoria Geral da Justiça permite que os procedimentos de habilitação para casamento possam ter rigorosamente o mesmo trâmite, independentemente de terem sido requeridos por pessoas do mesmo sexo ou não.

... *omissis*

CONSIDERANDO a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, em que se reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, atribuindo-se

> aos conviventes homoafetivos os mesmos direitos e deveres decorrentes da união estável heterossexual, com eficácia erga omnes e efeito vinculante;
>
> ... *omissis*
>
> CONSIDERANDO a decisão proferida no processo nº 2012-207355,
>
> Art. 1º O artigo 765 da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral de Justiça (parte extrajudicial), que passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 765. Após a expedição dos editais de proclamas, deverá ser aguardado o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da afixação no Serviço e publicação, para efeito de oposição de impedimentos ou causas suspensivas do casamento, consoante o disposto na lei civil.
>
> ... *omissis*
>
> § 4º. Nos procedimentos de habilitação de casamento de pessoas do mesmo sexo, a questão deverá ser analisada pelo Juízo competente.
>
> § 5º. Se o entendimento do Juízo competente for no sentido da inexistência de impedimento para casamento de pessoas do mesmo sexo, poderá editar ordem de serviço dirigida ao Serviço de RCPN para que somente lhe submeta o procedimento de habilitação quando houver impugnação.
>
> ... *omissis*
>
> Rio de Janeiro, 18 de abril de 2013. VALMIR DE OLIVEIRA SILVA, Desembargador Corregedor-Geral da Justiça.

Pela clareza das citadas decisões conclui-se que o magistrado tem o dever de autorizar os pedidos de habilitação para o casamento de pessoas do mesmo sexo, bem como a conversão da união estável em casamento independentemente de previsão legal, ou seja, a diferença de sexo deixou de ser um elemento essencial à existência do casamento.

O Poder Judiciário, sensível aos reclamos de parte expressiva da sociedade e da própria doutrina, optou por uma solução que, a um só tempo, respeitasse a Constituição Federal e reconhecesse os direitos das minorias e da diversidade.

Encontrou, portanto, no princípio da dignidade da pessoa humana e na proibição da discriminação sexual, o meio de assegurar aos homoafetivos os mesmos direitos garantidos aos heterossexuais.

A situação atual, portanto, pode ser definida da seguinte forma. Os pretendentes ao casamento, ou os que já convivem em união estável, podem pleitear a lavratura do assento de casamento, do casamento religioso com efeitos civis e a conversão de união estável em casamento.

Caso tal pedido seja obstado pelo Registro Civil em face da identidade sexual, só restará ao interessado socorrer-se no Poder Judiciário, uma vez que, como dito, ainda não há legislação específica.

Agora, rompe-se mais um elo da cadeia discriminatória que ainda envolve o instituto, considerando que diversos outros elos já haviam sido rompidos pela legislação pretérita, como os direitos hereditários, adotivos, obrigacionais, previdenciários, e trabalhistas.

CONCLUSÃO

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos[169] determina que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei.

Dessa forma, a lei deve proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Apesar de combatido pelos mais variados argumentos, é certo que, na atualidade, os direitos homoafetivos conquistaram o respaldo e a simpatia das legislações mais avançadas, especialmente no continente europeu.

É grande o interesse do Estado na manutenção e defesa do casamento, razão pela qual, o princípio segundo o qual não há, em matéria de matrimônio, nulidade sem texto expresso que a preveja, o interessa diretamente.

O casamento, tanto na fase religiosa, vinculada à Igreja Católica, quanto na fase contratual, inaugurada pela Revolução Francesa, historicamente foi um instituto conhecido pela união pessoas de sexo distinto.

Tal característica se justifica pela expectativa incutida na sociedade, desde tempos imemoriais, de que desta tal união surgirá a prole. Sendo assim, caso o improvável casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse formalizado, o mesmo seria considerado pela doutrina como “inexistente”. Da mesma forma eram considerados os casamentos celebrados na ausência do consentimento e da autoridade incumbida pela lei.

A teoria da inexistência, já conhecida pelos canonistas, foi desenvolvida durante a fase contratual do casamento, após a publicação do Código Civil francês. Graças à codificação do direito civil através do Código de Napoleão e ao fim do caráter sacramental

---

[169]adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas aos 16/12/1966, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n° 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992, art. 26

do casamento, imposto pela Igreja Católica e pelo Concílio de Trento, talvez o matrimônio ainda estivesse submetido às regras canônicas, e não houvesse passado pela extraordinária mutação sofrida nos últimos duzentos anos.

Após o ocaso da supremacia canônica ocorrido ao final do século XVIII, o casamento sofreu diversas alterações no panorama até então verificado, dentre elas destacam-se a secularização, o divórcio, e, na atualidade, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Não fosse o Código de Napoleão, não haveria a construção doutrinária iniciada por Zachariae, a qual serviu de base à teoria da inexistência. Não haveria, ainda, a Escola da Exegese, caracterizada pela fidelidade ao Código de Napoleão, a qual deixou um legado inestimável aos estudiosos da teoria da inexistência.

O Brasil, por óbvio, sofreu a influência doutrinária da Escola da Exegese e da teoria da inexistência, e esta encontrou aqui diversos discípulos. A doutrina brasileira acolheu a teoria da inexistência de forma majoritária, mas não unânime, pois há quem, como na doutrina europeia, a considere inútil ou absorvida nas hipóteses de nulidade absoluta.

A legislação, alheia ao debate doutrinário que o tema provoca, não dispensou a devida atenção devida aos atos inexistentes. Tal postura se revela equívoca, pois o operador do direito, por vezes, se defronta com hipóteses claras de inexistência do ato jurídico, e não encontra o necessário respaldo legislativo para o seu correto enquadramento.

Os códigos civis de 1916 e 2002 não contemplaram, ou o fizeram de forma reflexa, as hipóteses de inexistência do ato jurídico, preferindo limitá-lo aos planos da validade e da eficácia. O casamento entre pessoas do mesmo sexo é um exemplo. A doutrina, com base em Zachariae, o considerava inexistente. No entanto, caso o mesmo fosse realizado, não haveria dispositivo, dentre as hipóteses de nulidade, a impugná-lo.

Porém, com o crescente número de países a adotá-lo, e considerando a atual fase do direito de família, inaugurada pela Constituição Federal e pelo poliformismo familiar, abandonou-se a via única do casamento tradicional (homem + mulher) poderia dar origem à família.

Nesse sentido, acolheram-se, sob o manto familiar, arranjos outros, multifacetados. Alguns indicados na Constituição Federal – união estável e família monoparental – outros

fruto do entendimento pretoriano, na forma do acolhimento, como espécies do gênero família, da união estável e do casamento entre pessoas do mesmo sexo, igualmente dignos do *status familiae* e a receber a proteção do Estado.

Como bem ressaltou a ementa do Recurso Especial n. 1.183.378/RS, "não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade."

O Brasil deu um grande exemplo de independência dos poderes. Se, por um lado, o Poder Legislativo não se desincumbiu de seu mister de elaborador das leis, o Superior Tribunal de Justiça chancelou o casamento homoafetivo no Brasil. A partir da decisão do Superior Tribunal de Justiça, e da Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça, o casamento homoafetivo passou a ter efetiva existência jurídica no país.

A discussão acerca do acolhimento ou não da teoria da inexistência se limita, hoje, ao âmbito doutrinário, pois é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. A existência jurídica do casamento, outrora vinculada doutrinariamente ao consentimento, à celebração e à dualidade de sexo, restringiu-se, portanto, aos dois primeiros elementos.

Quanto à necessidade de se positivar, na lei, a autorização para o casamento homoafetivo, a resposta é negativa, pois, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no recurso supra indicado, não há vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo, e a vedação implícita é constitucionalmente inaceitável, na esteira da da orientação principiológica conferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 132/RJ e ADIn n. 4.277/DF.

As decisões das cortes superiores de justiça embasaram a elaboração da Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça. Segundo tal resolução, que tem caráter normativo, as autoridades públicas do país não podem negar acesso ao registro civil aos nubentes que, ainda que sejam do mesmo sexo, pretendam se casar.

Sendo assim, outorgou-se existência jurídica ao casamento homoafetivo no Brasil, apesar de não positivado na norma. Não há necessidade de lei prévia que o autorize. A lei,

naturalmente, poderia fazê-lo, mas não o fez, pois o parlamento brasileiro não se desincumbiu de tal mister.

A questão foi levada ao conhecimento do Poder Judiciário, e este se posicionou. O que causou perplexidade é que o casamento homoafetivo foi admitido a partir de uma decisão proferida por um órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça, a julgar uma situação concreta, nos moldes de um *leading case*.

É que, diferentemente da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão do Superior Tribunal de Justiça não gerou efeito vinculante, mas, sem dúvida, serviu para nortear as futuras decisões do gênero.

Também se questionou a autoridade do Conselho Nacional de Justiça ao se manifestar através da Resolução n. 175. Poderia o Conselho ter ido além da decisão do Supremo Tribunal Federal, e, compilando ambas as decisões dos tribunais superiores, vedar "às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo"? Poderia o Conselho ter se antecipado ao parlamento ao elaborar tal Resolução?

Tal questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, através do Mandado de Segurança n. 32077, ajuizado pelo Partido Social Cristão, e relatado pelo Ministro Luiz Fux. O Partido impugnou o ato da presidência do Conselho Nacional de Justiça consistente na edição da Resolução n. 175, ressaltando que, ao dispor sobre a questão, o Conselho violou direito líquido e certo de seus filiados e o devido processo legislativo, inibindo o exercício das prerrogativas legais e constitucionais de discutir e votar a matéria no âmbito do Poder Legislativo.

Por fim, requereu fossem suspensos os efeitos da Resolução até que o Congresso Nacional deliberasse sobre a questão. Na oportunidade, o ministro relator, destacando o caráter normativo das decisões do Conselho Nacional de Justiça, entendeu que o mesmo atendeu aos fins colimados pela Constituição Federal, especialmente após o julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4277/DF, e indeferiu a petição inicial.

Assim, não podem as autoridades competentes recusar a habilitação, a celebração do casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Na decisão do Supremo Tribunal Federal, aquela corte já havia decidido que não poderia, no âmbito da união estável, haver qualquer interpretação, com base no Código Civil, que afrontasse a Constituição Federal no sentido de implicar em discriminação sexual.

Ou seja, se não pode haver discriminação sexual, se a Constituição Federal rejeita tal tipo de discriminação, e se tal princípio se encontra expressamente previsto na norma, não pode a autoridade, seja ela qual for discriminar onde a lei não o faz.

Com base no entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu não haver vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo com base no Código Civil.

A Constituição Federal adotou, em seu art. 1º, IV, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana. E, no art. 3º, IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, prevê a Constituição a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda em seu art. 60, §4º, IV, a Carta Política proíbe seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Tais artigos implicam na supressão de qualquer interpretação tendente a inibir o casamento ntre pessoas do mesmo sexo, posto que o art. 226 da Constituição Federal deve ser interpretado em sintonia com os citados artigos, e não o inverso.

Para afastar qualquer possível dúvida, o Supremo Tribunal Federal rejeitou qualquer interpretação que impedisse a formalização da união estável entre parceiros homoafetivos. Nesse sentido, não poderia o Superior Tribunal de Justiça proceder de outra forma em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, posto que, repita-se, tanto a união estável quanto o casamento são espécies do gênero “entidade familiar”.

Não se nega o fato de ainda ter restado, como resquício da legislação pretérita, a preferência do Estado em favor do casamento, tanto que a própria Constituição (art. 226, §3º) determina a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Mas tal efeito se dá em favor da segurança jurídica. O Estado prefere o casamento, pois sua prova se faz mediante a simples exibição da certidão de registro (art. 1.543 do Código Civil), ou seja, a comprovação do estado civil é facilitada através de uma certidão emitida pela autoridade delegada pelo próprio Estado.

No caso da união estável, ao contrário, sua comprovação se dá através do depoimento testemunhal.

Além disso, no que tange ao casamento, o art. 226 da Constituição Federal não determina a dualidade de sexo como requisito.

Ora, se não pode haver discriminação sexual em relação à união estável, é óbvio que também não poderá em relação ao casamento, sendo, ambos, reconhecidos como "entidade familiar".

Não há sentido em se dar tratamento desigual a situações que, constitucionalmente, se equivalem. Se é permitida a união estável homoafetiva, também deve ser permitida sua conversão em casamento, e se é permitida a conversão em casamento da união estável homoafetiva, também deve ser permitido o casamento direto homoafetivo.

Da mesma forma, não há sentido em se autorizar a conversão em casamento da união estável heterossexual e se negar à homoafetiva, posto que tal fato também implica em discriminação sexual, proibida pela Constituição Federal e pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4277/DF).

Se está estampado na Constituição Federal a proibição à discriminação sexual, e se as mencionadas decisões das cortes superiores, em conjunto com a resolução do Conselho Nacional de Justiça, já chancelaram o cabimento da união estável e do casamento homoafetivos, é hora de abandonar o formalismo e respeitar as decisões pretorianas.

Assim, como corolário de tal raciocínio, não há óbice ao casamento direto de pessoas do mesmo sexo, independentemente de prévia união estável, não havendo, tampouco, necessidade de emenda constitucional ou alteração do Código Civil nesse sentido.

Portanto, hoje, quando o cidadão dispõe das mais amplas liberdades constitucionais jamais vivenciadas na história deste país, e quando os tribunais que fazem parte da cúpula do Poder Judiciário já se pronunciaram favoravelmente tanto em relação à união estável quanto ao casamento homoafetivo, nada mais resta às autoridades envolvidas senão se curvar às decisões judiciais.

Sendo assim, por qualquer ângulo que se observe, é dispensável a introdução, na legislação, de dispositivo que autorize o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Negar existência ao casamento homoafetivo seria o mesmo que retroagir no tempo, devolvendo à Igreja Católica a prerrogativa da celebração do casamento, e o direito de aplicar ao matrimônio os princípios traçados há séculos, pelo Concílio de Trento. Seria rejeitar o caráter laico do Estado, adotado pelo Brasil há mais de um século.

Não se questiona o caráter sacramental outorgado ao casamento pela Igreja Católica, mas, no atual estágio do desenvolvimento legislativo, o casamento é tido, pelo Código Civil, como um contrato, e, como tal, segue as regras ditadas pelo Estado, e não pela Igreja.

Se haverá, de *lege ferenda*, a reforma legislativa mencionada, repita-se, desnecessária, caberá ao parlamento dizer, a depender das alterações verificadas no tecido social do país, e conforme os desdobramentos que possam surgir no nível de abertura que a sociedade vier a demonstrar sobre o tema no futuro.

Mais que nunca, a sociedade brasileira busca exercer, com maturidade, a cidadania e os direitos duramente conquistados. A transição democrática, a promulgação da Constituição Federal de 1988, as eleições diretas, o voto universal, o pluralismo político, a emancipação da mulher, as alterações do perfil demográfico da população, a urbanização, a globalização, a meta de erradicação da pobreza e do banimento definitivo do preconceito, a constituição de uma sociedade livre, os direitos civis, políticos e sociais, e, acima de tudo,

a garantia da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), são exemplos da maturidade atingida da população, e o casamento entre pessoas do mesmo sexo nada mais é que um dos frutos colhidos por tal maturidade.

A hipótese foi validada com respaldo na pesquisa efetuada no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O problema de pesquisa foi pertinente por conta da efetiva existência do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, malgrado sua ausência no Código Civil e na Constituição Federal, e este, também, foi o principal resultado da pesquisa.

A metodologia foi pertinente, pois foram implementadas as diretrizes traçadas na fase de qualificação da dissertação, contribuindo para a objetividade e a clareza alcançadas na escrita final.

O objetivo foi alcançado, pois comprovou-se a existência jurídica do casamento homoafetivo perante o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 6.ed. rev., atual.e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito civil**: família. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. **A natureza jurídica do casamento romano no direito clássico** (s.d.). Disponível em: <*www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/ 67287/69897*>. Acesso em: 2 jan. 2014.

ALVES, José Carlos Moreira. **Conferência inaugural.** III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/ IIIJornada.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2013.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. V. II, 9ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

ASCENSÃO. José de Oliveira. O casamento de pessoas do mesmo sexo em Portugal. In: **Direito e Dignidade da Família**. Coimbra: Almedina, 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6027**: informação e documentação: sumário: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6028**: informação e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. **Reconhecido casamento entre homens registrado no exterior.** 5 jan. 2012. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar_noticia.asp?ID=35998> Acesso em: 13 jun. 2012 às 13:37h.

AUBRY, C.; RAU, C. **Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie.** 5. ed**. v. 7.** Paris: Marchal et Billard, 1913**.**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2013.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de**. Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2008.

BASSET, Ursula C. El cambio de paradigma de la nueva ley argentina sobre el matrimonio. In: GOZZO, Debora; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; LIGEIRA, Ricardo. **Direito e Dignidade da Família**. Coimbra: Almedina, 2012.

BAUDRY-LACANTINERIE, G. **Précis de droit civil contenant dans une premièr partie l´exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses**. **14. ed. v. 1.**Paris: Sirei, 1926.

BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes. La ineficacia del negocio jurídico. In: BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes (coord.) **Codificación, persona y negocio jurídico**. Barcelona: Bosch, 2003.

BEUDANT, Charles. **Cours de droit civil francais**: l'état et la capacité des personnes. Colaboração de Henry Batiffol. 2. ed. v. 2. Paris: Rousseau, 1936.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1908.

_____.**Codigo civil dos estados unidos do Brasil comentado**. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922.

BÍBLIA Ave Maria. **Bíblia Católica**: Gên.1,28. Disponível em: <http://www.bibliacatolica. com.br/biblia-ave-maria/genesis/1/#.Us1Nt7TORBQ>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:13.

BONNECASE, Julien. **Précis de droit civil**: conforme au programme officiel des Facultés de Droit. v. 1. Paris: Rousseau, 1934.

BONEL Y SANCHEZ, León. **Código civil español concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados**. v. 1. Barcelona: A. Lopez Robert, 1890.

BORRELL Y SOLER, Antonio M. **Derecho civil español:** Parte geral. v. 1. Barcelona: Bosch, 1955.

BRASIL. **Código Civil:** 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:00.

BRASIL. **Código Civil:** 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 10:55.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:02.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91. htm>. Acesso em: 6 jan. 2014 às 17:44.

BRASIL. **Decreto-lei** n. 181, de 24 de janeiro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto .gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 6 jan. 2014 às 18:07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Resolução** n. 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/26844376/resolucao-n-175-2013-do-cnj>. Acesso em: 6 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial** n. 1.183.378/RS. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2249>. Acesso em: 6 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**: Rel. Min. Ayres Brito, Julgamento: 05/05/2011, Publicação: DJE 14/10/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=12>. Acesso em: 6 jan. 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almendina, 1993.

CAPITANT, Henri. **Traité de droit civil**: Refondu par Léon Julliot de la Morandière. Paris: Librairie Dalloz, 1957.

CARBONNIER, Jean. **Derecho civil:** Situaciones familiares y cuasi-familiares. Tomo 1. v. 2. Barcelona: Bosch, 1960.

CIFUENTES, Santos. **Negocio Jurídico:** estructura, vicios, nulidades. Colaboração de Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1986.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução Conferência Episcopal Portuguesa: Lisboa. 4. ed. cân. 1055, § 1. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:04.

COELHO, Vicente de Faria. **Nulidade e anulação do casamento**: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família: sucessões. 6. ed. rev. e atual. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Traité de droit civil**: Refondu par Léon Julliot de La Morandière. Paris: Librairie Dalloz, 1957.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Caruaru tem primeiro casamento homoafetivo do interior de Pernambuco. 11 jul. 2012. **CNJ.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/20221-caruaru-tem-primeiro-casamento-homoafetivo-do-interior-de-pernambuco>. Edição de 11/07/2012. Acesso em: 20 set. 2012.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções de direito civil**. Coimbra: Almedina, 1980.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 5 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DELVINCOURT, Claude Étienne. **Cours de code civil.** v. 1. Paris: Videcoq. 1834.

DEMOLOMBE, Charles. **Cours de Code Napoléon:** Traité du mariage et de la séparation de corps. v. 1. Paris: Cosse, Marchal et Billard, 1874.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual:** o preconceito & a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Almachio. **Institutas de direito civil brasileiro***:* nullidades e annullações do casamento. Tomo 19. São Paulo: Saraiva, 1928.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 28. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

DURANTON, Alexandre. **Cours de droit français:** suivant le code civil. v. 2. Paris: Nève, 1825.

ESPANHA. Jefatura del Estado. **Ley nº. 13**. 2/7/2005. BOE, n.157 Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2014.

ESPINOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.

FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo. (Coord.). **Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FERNANDES, André Gonçalves. Homossexuais: direito ao matrimônio? In: **Direito e Dignidade da Família**. Coimbra: Almedina, 2012.

FRANÇA. **Code Civil**. Consolidée au 1 janvier 2014. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20140107>. Acesso em: 6 jan. 2014 às 21:11.

FREITAS, Jéssica. Primeiro casamento gay de SP é realizado em Itaquera. 18 ago. 2012. **O Estado de São Paulo *Online***. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,primeiro-casamento-gay-de-sp-e-realizado-em-itaquera, 918423,0.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012 às 23:54h.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Curso de direito civil**: direito de família. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 8. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**. 2. ed. atual. e aum. e 1. ed. brasileira Adaptação ao direito brasileiro completada sob a supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Costa Manso e Laudo de Camargo. Anotado por José de Aguiar Dias. vol. I, tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1955.

HUC, Theóphile. **Commentaire théorique & pratique du code civil:** Du mariage; du divorce et de la séparation de corps; art. 144 à 311. v. 2. Paris: Librairie Cotillon, 1892.

IBGE. **Notícia.** Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2170>. Acesso em: 20 fev. 2013.

JAPIOT, René. **Des nullités en matière d´actes juridiques**: éssai d´une théorie nouvelle. Paris: Rousseau, 1909.

JOSSERAND, Louis. **Derechocivil:** teorias generales del derecho y de los derechos: las personas. Rev. e compl. por Andre Brun. Trad. Santiago Cunchillos y Manterola. tomo I, vol . I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America (s.d.).

LAURENT, F. **Principes de droit civil français: Tome Deuxième.** 3. ed. V.2. Bruxelas: Bruylant-Christophe & Cie, 1878.

Indissolubilidade do casamento. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil. Coordenação do Prof. R. Limongi França. v. 43. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. **Enciclopédia saraiva do direito.** Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil 1827-1977. Coordenação do Prof. Limongi França. v. 13. São Paulo: Saraiva, 1978.

LIMA, Fernando Andrade Pires de. **O casamento putativo no direito civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.

LINGENTHAL, Karl Salomo Zachariae von. **Manuale del diritto civile francese:** rimaneggiato da Carlo Crome: traduzione con note del prof. Ludovico Barassi. Diritto di famiglia. v. 3, Livro 5. Milano: Società Editrice Libraria, 1908.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. 8. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin, O código civil e as entidades familiares. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: parte gera (arts. 1º a 232). 2. ed. atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUTZESCO, Georges. **Teoria y practica de las nulidades.** Traducción de Manuel Romero Sánchez y Julio Lopes de la Cerda. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1978.

MAIA, Carlos Eduardo de Andrade. União homoafetiva: uma nova entidade familiar. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, out./2011, p. A 16.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Casamento inexistente, nulo e anulável**. In: Revista do Advogado, ano XXVIII, n. 98. São Paulo: AASP, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A inexistência na teoria das nulidades**. Tese apresentada para provimento do cargo de **Professor Titular** da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. (Org.). **O novo divórcio no Brasil**: de acordo com a EC nº 66/2010. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. _____. **Curso de Direito de Família.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCADÉ, V. **Explication théorique et pratique du code napoleón contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre.** 5. ed. v. 1. Paris: Cotillon, 1859.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os dois supremos. **Jornal Carta Forense**. São Paulo, maio/2012, p. B 4.

MARTINS, Ivan. A primeira revolução sexual. **Época**. 27 set. 2013. Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2013/09/primeirab-revolucao-sexualb.html>. Acesso em: 2 jan. 2014.

MAZEAUD, Henri e Léon, MAZEAUD, Jean. **Leçons de droit civil**. 6. ed. v. 1. par Michel de Juglart. Paris: Montchrestien, 1976.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil:** parte geral. 42. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil***:* direito de família. 3. ed. v. 5. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

O GLOBO. Juíz de Jacareí, em SP, autoriza primeiro casamento gay registrado no Brasil. **O Globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/06/27/juiz-de-jacarei-

em-sp-autoriza-primeiro-casamento-gay-registrado-no-brasil-924776128.asp> Acesso em: 30 jun. 2011 às 00:15h.

PACE, Maria Clayde Alves. **Casamento entre pessoas do mesmo sexo:** direito fundamental garantido no sistema constitucional brasileiro. In: Anais do XIV Encontro Preparatório para XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

PAGE, Henri de. **Traité élémentaire de droit civil belge**: príncipes: doctrine: jurisprudence: introduction: théorie générale des droits e des lois les personnes: la famille. 2. ed. v. 1. Bruxelles: Ed Etablissements Emile Bruylant, 1948.

PEÑA, Federico Puig. **Tratado de derecho civil español:** derecho de família: teoria general del matrimonio. v. 1. Tomo 2. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.

PEREIRA, Caio Mário da Silva.. **Instituições de direito civil**: direito de família. Rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 19. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Instituições de direito civil***:* introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. Rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 24. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de familia**. Annotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Virgilio Maia & Comp., 1918.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Fluminense, 1923.

_____. **Direito de família**. Lições do Professor Cathedrático de Direito Civil. 3. ed. Edição histórica. Atualizada legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. A família na Constituição do Brasil: missão, limites e responsabilidade: comentário ao art. 226º da Constituição de 1988. In: **Direito e Dignidade da Família**. Coimbra: Almedina, 2012.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais:** fronteiras da família na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de droit civil français**: La famille: mariage, divorce, filiation. 2. ed. v. 2. Par André Rouast. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direito de familia**: exposição thecnica e systematica: codigo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIPERT, Georges. BOULANGER, Jean. **Traité de droit civil**: d´après le traité de planiol. v. 1. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1956.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 28. ed. 5ª tiragem (2008), rev., e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). v. 6. São Paulo: Saraiva, 2004.
_____. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. 6ª tiragem (2007), v. 1, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 291.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Trad. Ary dos Santos. 6. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1972.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Direitos de família e das sucessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SÃO PAULO (Estado). DJSP. **Apelação Cível** n. 0034412-55.2011.8.26.0071. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/38502619/djsp-administrativo-06-07-2012-pg-7>. Acesso em: 6 jan. 2014.

SÃO PAULO (Estado). Comarca de Santo André. **Apelação Cível** n. 0002895-38.2011.8.26.0554 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/busca?q=VISTOS+e+relatados+estes+autos+de+RECURSO+ORDIN%C3%81RIO+e+em+reexame+necess%C3%A1rio%2C+%28%29>. Acesso em: 6 jan. 2014.

SIMÃO, José Fernando. Direito Civil: poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária? Parte3. **Jornal Carta Forense**. 1 fev. 2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamia-casamento-homoafetivo-escritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria--parte-3/10376> Acesso em: 16 mar. 2013.

SPOTA**,** Alberto G. **Tratado de derecho civil:** derecho de família. v. 1, tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1968.

STOCO, Rui. Palestra proferida no **Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês,** realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004, painel presidido pelo Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Da união estável.** v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do direito civil**. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1922.

TOBENÃS, Jose Castan. **Derecho civil español, comun y foral.**Tomo Quinto. v. 1. Derecho de familia. Relaciones Conyugales. 9. ed., rev. por Gabriel Garcia Cantero y Jose Maria Castan Vazquez. Madrid: Reus, 1976.

TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. **Contratualização da família. Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXII, julho/2012, n. 116, p. 61.

URUGUAI. **Ley n. 19075**. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=19075&Anchor=>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:22.

URUGUAI. **Código Civil:** 1868. Disponível em: <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/ pdfs/repartidos/senado/S2013030775-00.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:27.

URUGUAI. Código Civil: 1868. Comentarios del Código Civil. Por Álvaro Gillot, catedrático substituto de Derecho Civil. **Anales de la Universidad.** Ano IV, Montevideo, 1895, Tomo VII. <http://www.periodicas.edu.uy/Anales_Universidad/pdfs/Anales_Universidad_a4_t7_ segunda_entrega_1895.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2014 às 11:33.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. **Tratado de derecho civil español:** Parte Geral. v. 1. Valladolid: Cuesta, 1909.

_____. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. v.1. São Paulo: Atlas, 2003.

VENZI, Giulio. **Diritto civile italiano**. Settima edizione stereotipa. Torino: Unione Tipográfico: Editrice Torinese, 1933.

VELOSO, Zeno. Nulidade do negócio jurídico. In: ALVIM, Arruda; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de, ROSAS, Roberto. (org) **Aspectos controvertidos do novo código civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves ,; apresentação Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 602.