

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL VALE DO ITAPEMIRIM  
FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**CARLA MUNIZ FRANCESQUETTO**

**DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO  
HOMOAFETIVO**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM (ES)  
2017**

**CARLA MUNIZ FRANCESQUETTO**

**DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO  
HOMOAFETIVO**

Monografia Jurídica apresentada ao curso de  
Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro  
de Itapemirim como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Orientador: Geraldo Luiz Hemerly

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM (ES)  
2017**

**CARLA MUNIZ FRANCESQUETTO**

**DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ACERCA DA EVOLUÇÃO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO  
HOMOAfetivo**

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de  
Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2017.

**NOTA:** \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Orientador

---

Professor

---

Professor

À todos que me apoiaram e me ajudaram a chegar ao fim desse processo árduo e cansativo, mas ao mesmo tempo prazeroso e significativo, à toda minha família e amigos que me acompanharam até aqui.

“Renda-se, como eu me rendi. Mergulhe no que você não conhece como eu mergulhei. Não se preocupe em entender, viver ultrapassa qualquer entendimento”.

*Clarice Lispector.*

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADIn – Ação Direito de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Federal

Art – Artigo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

REsp – Recurso Especial

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2 ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....</b>	<b>10</b>
2.1 FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO.....	10
2.2 FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO.....	13
2.3 FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	15
<b>3 NATUREZA JURÍDICA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA..</b>	<b>20</b>
3.1 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO.....	20
3.2 CONCEITO DE CASAMENTO.....	22
3.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS BASILARES NA RELAÇÃO FAMILIAR.....	23
3.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	24
3.3.2 Princípio da Afetividade.....	26
3.3.3 Princípio da Solidariedade Familiar.....	29
3.3.4 Princípio da Função Social da Família.....	31
3.3.5 Princípio da Convivência Familiar.....	32
3.3.6 Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família.....	34
<b>4 CASAMENTO HOMOAFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>36</b>
4.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO DE CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	37
4.2 REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO.....	38
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>45</b>

## 1. INTRODUÇÃO

As mudanças e inovações que antecedem a segunda metade do século passado e na Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do novo Código Civil de 2002, destinando um capítulo para exercer o direito pessoal e outro para regular o direito patrimonial da família. Frisa-se que tais mudanças pertinentes ao direito de família, expressam a “função social” da família no Direito de Família brasileiro, tutelando a dignidade da pessoa humana, a estima aos direitos fundamentais, dando maior relevância ao afeto existente nas relações entre as pessoas, destacando a importância à igualdade.

O Código Civil de 1916 era interpretado como individualista e patrimonialista, com a evolução social e costumeira o novo Código Civil de 2002 procurou adaptar-se, trazendo uma atualização ampla das normas e princípios constitucionais devido às mudanças sobrevindas do século passado, voltado ao aspecto afetivo, busca à isonomia e felicidade entre indivíduos do mesmo sexo ou não, refletindo uma proposição significativa em relação a constante evolução da sociedade, sendo um efeito disso a regulamentação recente do casamento entre indivíduos do mesmo sexo (união homoafetiva).

O tema escolhido é uma breve análise acerca da evolução no ordenamento jurídico pátrio e a regulamentação do casamento homoafetivo, com o objetivo de salientar as influências trazidas pelos antepassados e a pertinência de um assunto recentemente regulamentando, onde as evoluções no direito e na sociedade foram de suma importância para novas formações de família respeitando assim os direitos humanos e fundamentais, tentando dessa forma, trazer princípios distintos aos dos séculos anteriores.

O tipo de pesquisa para a realização do presente trabalho foi qualitativa, sendo elaborado através de pesquisas doutrinárias, sites jurídicos e artigos de lei imprescindíveis para o desenvolvimento deste.

Faz-se necessário primeiramente, uma análise à evolução do Direito de Família, onde as leis anteriores a Constituição Federal de 1988 regulamentavam a família somente pelo casamento, esta, absorveu uma nova ordem de valores, beneficiando a “dignidade da pessoa humana”. A família contemporânea sofreu, no entanto, influência romana e canônica, sendo essencial a mudança dos preceitos da religião que desde os primórdios



influenciava diretamente sobre a vida das pessoas cultuando o casamento como algo sagrado devendo ser celebrado entre um homem e uma mulher com o objetivo de procriação.

No que se refere aos princípios basilares do direito de família, os princípios da família romana, exprimiam características de parentesco, pátrio poder, matrimônio e tutela, apresentando princípios distintos aos nossos. O Direito Canônico teve princípios originados em épocas antepassadas que até hoje servem de referência, trazendo grande influência para o Direito de Família Brasileiro. No ordenamento jurídico brasileiro, princípio é considerado como norma jurídica que faz parte das bases nucleares do sistema jurídico, norteando o operador do direito.

O Direito de Família por sua vez, tem característica de natureza personalíssima, ou seja, são direitos irrenunciáveis e intransmissíveis por herança. A Família constitui a base do Estado, abrangendo todas as pessoas unidas por um vínculo sanguíneo, afinidade, afeto e adoção. Em qualquer aspecto a família terá ampla proteção do Estado, onde a Constituição Federal e o Código Civil estabelecem sua estrutura, sem, no entanto, defini-la.

Quando se trata de instituições ligadas ao casamento, o ordenamento jurídico brasileiro põe a amostra no texto constitucional apenas o casamento e a união estável entre as pessoas de sexos diferentes. Visto que as razões para a constituição da família não são mais as mesmas, a lei adaptou-se através das regulares evoluções sociais, resultando em direitos iguais entre homens e mulheres, através do reconhecimento de outras formações de família, como entidade familiar, incluindo também a regulamentação do casamento homoafetivo por meio da resolução n.175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, quebrando o tabu único de que família é formada por homem, mulher e filhos.

## **2. ANÁLISE SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA**

A família é considerada a base de toda sociedade, esta vem sofrendo modificações ao longo dos anos, sendo considerada como a entidade de maior importância desde a antiguidade pela população de Roma e Grécia, por exemplo. Salienta-se, que a família é o alicerce que se adequa toda a organização social, merecendo, portanto a especial proteção do Estado, como versa o art. 226 da Constituição Federal de 1988 se referindo a mesma como “base da sociedade”.

A respeito disso, leciona o doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 03):

No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

A religião, por sua vez, era vista como o ponto central da entidade familiar, sendo cultuada como algo sagrado por todos da congregação. Com a evolução familiar vê-se a distinção entre os primórdios e atualidade, uma vez que as razões para a constituição de família não são mais os mesmos.

Neste sentido, cita o historiador Coulanges (2005, p. 45):

O que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder encontrava-se na religião do lar e dos antepassados. A religião fez com que a família formasse um só corpo nesta e na outra vida.

O presente trabalho abordará primeiramente as diferenças entre a família antiga e atual, posteriormente sobre a atualização do conceito na família moderna.

### **2.1 FAMÍLIA NO DIREITO ROMANO**

Ressalta-se primeiramente que a família romana possuía traços do conceito da família moderna, era um organismo político compondo a estrutura do Estado. Arnoldo Wald (2000, p.10).

No que se refere aos princípios basilares da família romana, exprimiam características de parentesco, pátrio poder, matrimônio e tutela, apresentando princípios distintos aos nossos. O homem na família romana estabelecia o papel de chefe da família chamado de “pátrio poder”, tomando todas as decisões, sendo hoje após o Código Civil de 2002, chamado de “poder familiar”, estabelecendo aos pais sem distinção o dever e responsabilidade sobre a casa e os filhos.

O princípio da autoridade era dominante na família romana, a figura paterna exercia poder sob a mulher e filhos, a mulher era submissa ao marido, sendo o pai responsável por proteger, educar e garantir os interesses dos filhos, influenciando também sob seus direitos, podendo lhe tirar a vida, vendê-lo como escravo ou aplicar lesões corporais como castigo.

Sobre a relação familiar romana, leciona Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 54):

O *pater*, era ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comanda, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirá-lhes a vida. A mulher vivia in loco *filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manum maritum*), nunca adquirindo autonomia, pois que passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpétua* que se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam rerum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

O *pater familias* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. (WALD, 2000, p. 09).

A família romana era guiada pelo homem mais velho, que tinha o poder do *pater familias*, exercido também na esfera religiosa, pois a família seguia a religião e crenças do *pater*. Na questão financeira o *pater* tinha a posse de todos os bens da família, sendo que na política o senado romano era composto pela reunião dos chefes de famílias (WALD, 1990, p. 22).

Compreende-se, portanto, que era uma entidade familiar baseada e submissa ao poder paterno, ou seja, na imagem masculina em si, sendo o

patrimônio e a mulher pertencentes e administrados também pelo marido, chamado “*manusmaritalis*”.

Entretanto, com o passar do tempo, o Direito Romano passou por transformações e com a presença do Imperador Constantino, inseriu-se a concepção cristã na família romana, diminuindo o pátrio poder, permitindo que mulher e filhos fossem mais independentes da figura paterna. A mãe passa a ser capaz de substituir o pai podendo ficar com a guarda e ter direito à herança dos filhos, se este não tivesse descendentes e irmãos. No império a mulher começa a ser mais autônoma e a participar da vida social e política (WALD, 1990, p. 22).

O casamento no direito romano, por sua vez, era uma organização privada, não escrita e pouco solene. Era uma situação que dependia de efeitos de direito e de dois elementos para se constituir: “a *affectio maritalis* (intenção de ser marido e mulher) e a *honor matrimonii* (a realização condigna dessa convivência conjugal)” (ARIÈS e DUBY, 2009, p. 43-44). O casamento era apenas para cumprir um dever cívico para gerar descendentes, ou seja, filhos legítimos a quem transmitir à herança, obter dote e assim adquirir família e bens.

Uma filha, quando mulher, a partir do momento em que se casava, deixava sua família para agregar à família do marido. Um filho, quando homem, após o casamento, sua esposa era trazida como membro da família, desligando-se de seus familiares.

Sobre o casamento romano, prolata o autor:

Se, porém, um rapaz a família vizinha a pede em casamento, trata-se, para ela, de algo bem diferente do que passar de uma casa para outra. Trata-se de abandonar o lar paterno, para invocar dali em diante o lar do esposo. Trata-se de mudar de religião, de praticar outros ritos e de pronunciar outras orações. Abandona o deus da sua infância para se coloca sob o império de um deus desconhecido. Não espera permanecer fiel a um honrando o outro, pois nessa religião é um princípio imutável que a mesma pessoa não pode invocar dois lares nem duas séries de antepassados (COULANGES, 2005, p. 46).

Passou-se com o tempo a se admitir divórcio por consentimento mútuo, entendendo-se que “da mesma vontade que fizeram o casamento, pensavam os romanos, podiam desfazê-los” (WALD, 2000, p. 12). Na atualidade é

considerado direito do casal, o divórcio, antes só era admitido quando ocorria algum motivo que gerava a anulação do casamento.

O divórcio era informal quanto o casamento e existia grande frequência de divórcios:

Como os maridos enganados são mais ultrajados que ridículos e as divorciadas levam o dote consigo há na classe alta grande frequência de divórcios (César, Cícero, Ovídio, Cláudio casaram-se três vezes) e talvez também na plebe cidadina. (ARIÉS e DUBY, 2009, p. 49)

Portanto, as famílias constituídas em Roma eram chefiadas pelo pátrio poder, considerando somente os laços sanguíneos, sendo o casamento e o divórcio meramente informais.

## **2.2. FAMÍLIA NO DIREITO CANÔNICO**

O Direito Canônico teve princípios originados em épocas antepassadas que até hoje servem de referência, trazendo grande influência para o Direito de Família Brasileiro.

Sob a visão do direito canônico, passa o homem a deixar a sua família originária e vem a se unir com a mulher para poder formar uma nova família com o mero objetivo de se procriarem (GAMA, 2001, p. 18).

O matrimônio é a união entre o homem e a mulher, considerado como ato sagrado, devendo ambos serem batizados, que se consagra cumprindo os deveres matrimoniais, uma vez consumado, somente a morte de um dos cônjuges levaria a extinção do casamento, não permitindo o divórcio por iniciativa de uma ou ambas as partes. A igreja católica defendia o casamento como um sacramento indissolúvel, ou seja, até que a morte os separe.

Nesse sentido, explica Wald (2000, p. 13):

Na doutrina canônica, o matrimônio é concebido como sacramento, reconhecendo-se a indissolubilidade do vínculo e só se discutindo o problema do divórcio em relação aos infiéis, cujo casamento não se reveste de caráter sagrado.

Segue o entendimento citado por Gomes (2002, p. 09):

A autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1980, que instituiu o casamento civil. (...). A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e algumas instituições eclesiais se transformaram em instituições seculares, tal como ocorreu, nos países católicos. Sob influência religiosa, por exemplo, mantém-se o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, adotando-se o desquite como forma de dissolução da sociedade conjugal. A separação da Igreja do Estado criou prevenções contra o casamento religioso, mas foi restabelecida sua eficácia, uma vez observadas certas exigências.

A igreja influenciou desde os primórdios, o preconceito, um exemplo disso era o casamento, pois não abençoavam as uniões de pessoas de mesmo sexo, ou seja, aqueles que não se encaixavam nos padrões estabelecidos.

Durante a Idade Média, o Direito Canônico reconhecia somente o casamento religioso, como sendo sagrado e dependia do consentimento de ambas as partes para ser celebrado. Sendo que com o passar dos tempos à igreja começou a estabelecer impedimentos como o “consenso dos nubentes e as relações sexuais voluntárias” (WALD, 1990, p. 26).

Sobre os impedimentos do casamento no Direito Canônico, preceitua Orlando Gomes (2002, p.09):

Sua influência é tão poderosa que o Código Civil, a exemplo de outras leis sobre o casamento, seguiu a orientação canônica de mencionar as condições de invalidade do casamento, em vez de enumerar as que devem ser preenchidas para que seja lícita e validamente concluída. Provêm, outrossim, do direito canônico diversos preceitos relativos à celebração do matrimônio, a seus efeitos jurídicos e à sua dissolução.

Uma relação de amor constituída na felicidade e bom convívio dos nubentes não eram relevantes, pois o casamento em si tinha uma função única de gerar e criar filhos. Destaca-se a importância da sociedade em cumprir as regras impostas ao casamento, pois quem as descumprissem recebia punição severa pela igreja.

A esse respeito segue o entendimento, de Silvio Salvo Venoza (2007, p.09):

O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era

constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros de família e sancionadas com penalidade rigorosas.

Frisa-se aqui a importância de trazer os princípios que eram dados como base do direito de família onde regras rígidas e conservacionistas teriam que ser respeitadas, não priorizando os interesses das próprias partes. Gradativamente, as leis estão se adequando com a constante evolução da sociedade, atendendo assim a necessidade de bem estar de todos.

### **2.3 FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

Com as inovações nas configurações familiares, surgem novas formas de convivência, ampliando a visão sobre o conceito de família que foi conquistado ao longo dos anos para melhor atender as realizações dos interesses afetivos sociais.

Ricardo Lucas Calderón (2013) ensina que:

A família contemporânea vivencia um processo de transição paradigmática, pelo qual se percebe um paulatino decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses do grupo social) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes. No decorrer da modernidade (compreendido entre o período do final do século XVIII até meados do século XX) o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais.

Múltiplos modelos de entidades familiares foram reconhecidos, uniões livres (homo e heteroafetivas), parentesco formado apenas por laços afetivos. A igualdade e a liberdade foram objetos principais para quebrar os paradigmas, os vínculos afetivos foram objetos de análise que por consequência é o principal elemento para se formar a família moderna.

Leciona Maria Berenice Dias (2010, p. 42-43):

Diante à profunda evolução social e mudança do conceito de família, que trouxe como resultado a formação de novas estruturas de convívio interpessoal, é necessário que se estabeleça uma verdadeira visão pluralista, capaz de abrigar os mais diversos arranjos familiares que rotineiramente desafiam os juristas.

Houve então, após a Constituição Federal de 1988, um significativo alargamento conceitual, fazendo com que formação da família não possuísse mais um significado singular. O pluralismo das relações familiares trouxe para a sociedade mudanças em sua estrutura, rompendo moldes sobre o casamento e o próprio conceito familiar. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. (DIAS, 2011, p.41)

Após um afrouxamento das ligações entre Estado e Igreja, resultou uma profunda mudança social e do próprio conceito familiar. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. (DIAS, 2011, p.43)

A mudança da família para o processo igualitário apresenta uma nova perspectiva baseada no afeto. “Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 42). Como bem ressaltam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “[...] Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 42).

Os elementos que constituem a família também passaram por modificações, isso como resultado dessa mudança de paradigma. Por isso, os relacionamentos sexuais e afetivos, a amizade e a relação desenvolvida entre pais e filhos passam a ser compreendidos a partir de uma nova visão, levando em consideração “[...] o desenvolvimento biotecnológico, a globalização, a derrubada de barreiras culturais e econômicas, etc., revolucionando a célula-máter da sociedade” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 43).

A entidade familiar deixa de ser conhecida como um centro econômico e reprodutivo, passando para uma visão sócio afetiva, como a expressão de afeto entre os indivíduos, trazendo novas configurações sócias e composições familiares. Os valores do pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade,



liberdade e humanismo fizeram com que a família se voltasse à tutela da pessoa humana (DIAS, 2010, p. 40).

O casamento reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que se servem à relação familiar (DIAS, 2010, p. 43). Destarte, Maria Berenice Dias (2010, p. 43) afirma com segurança que a família contemporânea “[...] existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”. O elo existente na família atual é o afeto, a família não mais é identificada pela celebração do casamento, nem pela distinção de sexo.

Ao evidenciar a estrutura familiar antiga, percebe-se que as mudanças contemporâneas contribuíram para uma melhor compreensão de que família é uma organização subjetiva fundamental para a estruturação individual da felicidade. Reconhece-se, nesse sentido, que outras estruturas familiares cumprem a nova função familiar, ou seja, uma entidade formada por transmissão de culturas e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, em harmonia com tais mudanças sociais, deparou-se com a carestia de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além daquelas constituídas pelo casamento. Com isso, abriu o conceito de família e, como consequência, a Lei Maior conferiu especial proteção à união estável (art. 226, § 3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (art. 226, § 4º), que começou a ser denominada de família monoparental (DIAS, 2010, p. 41).

Contudo, os tipos de entidades familiares fixados na Constituição são puramente exemplificativos. Acentuando que sua menção expressa não se explica pela taxatividade do texto constitucional, mas em virtude de constituírem os modelos mais comuns de família. Nesse sentido, Dias (2010, p. 41-42) explica que:

[...] não só nesse universo limitado flagra-se a presença de uma família. [...] dita flexibilização conceitual vem permitindo que os relacionamentos, antes clandestinos e marginalizados, adquiram visibilidade, o que acaba conduzindo a sociedade à aceitação de todas as formas de convívio que as pessoas encontram para buscar a felicidade.

Na vigência da Constituição Federal de 1937, a Lei nº 883/49 incluiu no ordenamento jurídico o reconhecimento e a investigação de paternidade de filhos tidos fora do casamento, ou seja, antes da entrada em vigor da Constituição de 1988, avanços na legislação já se destacavam como também a Lei nº 4.121/62 emancipou a mulher casada, deixando está de ser uma relativamente incapaz, podendo agora exercer atos sem a anuência de seu marido, igualando, assim, seus direitos a do seu cônjuge.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco dessa grande evolução, rompendo paradigmas e garantindo a todos a igualdade de uma mesma sociedade. Considerável é a evolução da família no Brasil, conferindo direitos à todos e princípios que devem ser seguidos para o bem estar social desta entidade.

Segue o pensamento do autor nesse sentido:

Cuidando da proteção da pessoa dos filhos, estabeleceu que mesmo aqueles nascidos de casamento nulo não putativo são considerados legítimos e atribuiu igualdade no direito à herança aos filhos de qualquer condição (WALD, 2000, p. 24).

Como dito, a Constituição de 1988 contribuiu para igualar direitos em todas as espécies, apesar de avanços que gradativamente foram trazendo essa igualdade, ainda na prática existia e ainda existe discordância e preconceito, seja pelos costumes antigos, seja pelo conteúdo jurídico antes vigente. Mas, sem dúvidas, equiparou direitos e deveres seja dentro de uma relação de parentesco ou de uma sociedade.

Exemplo desta evolução é o inciso I do artigo 5º da Carta Magna, dispondo explicitamente a respeito da garantia de igualdade de direito e obrigações entre homens e mulheres.

Sobre os cônjuges, é importante salientar o parágrafo 5º do artigo 226 da CRFB/88, o qual impõe que os direitos e deveres em relação à sociedade conjugal, que serão realizados igualmente pelo homem e pela mulher, tirando qualquer dúvida com relação à antiga forma seguida pela sociedade antiga.

Assim entende Silvio Venosa (2007, p. 08) que diz que “Todas as prerrogativas conferidas a um dos cônjuges o são ao outro, uma vez que

ambos são titulares dos mesmos direitos jungidos ao cumprimento das mesmas obrigações”.

Por fim, frisa-se o parágrafo 6º do artigo 227<sup>1</sup>, pois este equipara os direitos entre os filhos tidos dentro do casamento, fora do casamento e aqueles advindos de adoção, não podendo qualquer lei fazer distinção entre eles ou quaisquer designações discriminatórias.

---

<sup>1</sup> Art. 227, § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

### **3 NATUREZA JURÍDICA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA**

No presente capítulo serão abordadas as teorias acerca da natureza jurídica do casamento, no qual será elencada de forma unitária cada uma, bem como seus conceitos. Noutro lado, no que diz respeito aos princípios norteadores do direito de família, serão tratados e selecionados de acordo com a sua importância para o direito de família, não sendo o real motivo demonstrar serem os únicos, ou os mais importantes, mas sim os melhores para direcionar os estudos pertinentes ao estudo monográfico.

#### **3.1 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO**

Atualmente no direito civil brasileiro, várias são as polêmicas que rodeiam as noções iniciais sobre o direito de família. Uma das questões mais controversas é no que tange a natureza jurídica do casamento, entende alguns doutrinadores que se trata de um direito público e outros afirmam ser de direito privado.

Na visão da igreja católica, o casamento é um sacramento, sendo instituído pelo próprio Jesus Cristo. Cabe esclarecer, que o casamento era classificado como sendo um ato sagrado, revestido da característica da indissolubilidade. O operador do direito ao analisar o instituto do casamento, classifica-o como um ato civil, no qual é estruturado e disciplinado pelo diploma civil.

No Brasil existem duas correntes que sustentam a natureza jurídica do casamento, como se vê: “Duas correntes, na doutrina ocidental, atraem a maioria das opiniões: a ‘contratualista’ e a ‘institucionalista’” (PEREIRA, 2017, p. 110). Contudo, parte da doutrina classifica uma terceira corrente que conceitua a natureza jurídica do casamento.

Parte da doutrina classifica que a natureza jurídica do casamento é caracterizado por ser uma instituição social, tendo em vista que são refletidas situações jurídicas, sendo que suas regras foram dispostas pelo legislador, com a finalidade de união dos sexos. Seguindo o entendimento, a constituição

da família é um organismo composto por ordem natural com o escopo de sustentar a perpetuidade da espécie humana.

A promulgação da Lei 11.441/07, permitiu que as dissoluções do casamento fossem feitas nos cartórios extrajudiciais, por meio de processo administrativo, a partir do requerimento das partes, visando a diminuição do volume de processos nas comarcas em todo país (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 192).

Continuando o entendimento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 192), afirmam que:

[...] a nova sistemática da dissolução, por mútuo consenso, vem a confirmar o vaticínio da corrente contratualista: de acordo com as concepções filosóficas, legais e sociológicas hoje predominantes, não pode haver mais qualquer dúvida acerca da natureza do casamento, que, de uma vez por todas, se confirma como negocial.

Ainda, existe uma terceira corrente que afirma que a natureza jurídica do casamento surge a partir de uma teoria mista ou eclética, considerando o casamento como um contrato especial. Em tempo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1382) corroboram e se filiam a terceira corrente dizendo: “Em nosso pensar, no entanto, o casamento, com base nos argumentos supraapresentados, afigura-se como uma especial modalidade de contrato, qualificada pelo Direito de Família”.

No mesmo sentido, Caio Mario Pereira (2017, p. 111) caracteriza o casamento como sendo um contrato especial, no qual é regido por causas peculiares, de profundidade ímpar, denominando-o “Contrato de Direito de Família”.

Em sua obra, Flávio Tartuce (2017, p. 43) apresenta as três teorias, mas de forma cristalina e se filia a terceira, conforme se vê: “Das três correntes expostas, somos adeptos da terceira (teoria eclética ou mista)”. Diante de todo exposto, o presente trabalho será norteado pela terceira corrente, tendo em vista ser a mais correta para conceituar a natureza jurídica do casamento.

### 3.2 CONCEITO DE CASAMENTO

Após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o casamento no Brasil passou a ser definido como civil, mas foi retirada a exclusividade do Oficial Tabelião do Cartório para celebrar o ato, tendo em vista a caracterização do Brasil em Estado Laico, ou seja, poderá a celebração ser realizada também pelo padre, pastor, ou outra autoridade religiosa.

O casamento se caracteriza pelo fato de ambos os cônjuges constituir família, por meio de um ato jurídico complexo, visto que este fica na dependência da manifestação e declaração da vontade das partes, além de oficializar o pedido, sendo o ato, tramitando da seguinte maneira, habilitação, celebração e registro público. Cabe ainda esclarecer que, os outros tipos de famílias classificadas pela lei e pela doutrina, são fatos sociais que incorporam as consequências jurídicas.

O conceito de casamento sempre foi assunto de extrema controvérsia na doutrina, separando a opinião dos autores, sendo que alguns impõem ao casamento uma natureza contratual. Noutro lado, alguns doutrinadores expõem a natureza do casamento como sendo uma feição institucional.

Em uma classificação conservadora acerca da definição de casamento Clóvis Beviláqua (1976, p. 34), ensina que:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Miranda (1947, p. 93) observava o casamento como sendo um contrato oriundo de Direito de Família que regulamenta a união entre marido e mulher. Contudo, parte da doutrina entende ser o casamento um conjunto de normas, formando uma natureza híbrida, no qual são dotadas consequências peculiares.

O casamento também pode ser conceituado como sendo um ato complexo, conforme menciona Rodrigues (1985, p. 18), que se trata de um ato de autonomia das partes, e um dever privado do Estado, sendo que os

nubentes só estão casados a partir do momento do manifesto positivo pela realização do ato.

Para o doutrinador Paulo Lôbo (2011, p. 99), o casamento pode ser conceituado como sendo “um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

A partir do mencionado acima, e diante a da fixação da natureza jurídica do casamento, pode-se afirmar que o casamento é contrato especial de direito de família. Para corroborar têm-se as palavras dos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 1382), conforme abaixo descrito:

[...] um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida.

Sendo assim, o casamento regulado pelo Diploma Civil Brasileiro merece destaque no que tange o seu conceito, por ser tratar de um contrato, mas como bem mencionado, trata-se de um contrato especial, como normas e deveres específicos, que nortearam o casal.

### **3.3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS BASILARES NA RELAÇÃO FAMILIAR**

Antes de adentrar no tema em questão, faz-se necessário apontar de forma clara e direta o que vem a ser princípio e qual é o seu papel diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Em um primeiro apanhado, a palavra princípio pode ser classificada como começo, fundamento ou origem. No ordenamento jurídico brasileiro, princípio é considerado como norma jurídica que faz parte das bases nucleares do sistema jurídico, norteador do operador do direito.

Em cristalinas palavras Hack (2008, p. 54), denomina princípio como sendo, “prescrições normativas que estabelecem valores, políticas e objetivos que devem ser buscados por todo o sistema jurídico”.

Não cabe confundir princípios com regras, sendo estas, conforme ensina Érico Hack (2008, p. 54):

[...] prescrições normativas específicas e determinadas, que se circunscrevem a um determinado caso e não se aplicam aos demais. Uma regra exclui a aplicação de outra, ou seja, diante de um caso concreto, deve-se escolher qual regra incide sobre o caso, e a solução por ela dada é que deve ser aplicada.

Cabe esclarecer que, princípios são normas que constituem e organizam a base constitucional e infraconstitucional e que forma um conjunto com conteúdo processual, no qual a este conteúdo unifica todas as orientações que as integram. Nesse diapasão os princípios são de grande valia para o cumprimento e conseqüentemente aplicação das normas mencionadas, haja vista que, eles presenciam a aplicação das normas no caso concreto. Sobre o assunto, Miguel Reale (2003, p. 37) afirma que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Cumprido salientar que, a partir de todo o citado acima, pode-se afirmar que princípio é toda orientação normativa que norteia a legislação e os julgamentos oriundos a eles, contudo, sempre visando uma interpretação vinculada ao caso concreto, não podendo se desviar, pois estaria criando interpretação diversa.

### **3.3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

O princípio da dignidade da pessoa humana é decorrente do dispositivo constitucional talhado no art. 1º, III<sup>2</sup>. Sabe-se que a dignidade de pessoa humana é o cerne principal e essencial a qualquer ser humano, no qual se impõe e se deve levar consideração os deveres de respeito e proteção do cidadão. No que diz respeito à família, o princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>2</sup> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.



humana segue tutelando e funcionando para que todos em integrantes possam estar amparados pelos direitos sociais garantidos pela Carta Magna de 1988.

Em sua obra, Immanuel Kant (1986, p. 77) relaciona a dignidade como um valor inestimável e indisponível, mas também o que é pecuniário e o que é composto de dignidade, conforme mencionado abaixo:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Pereira (2012, p. 68), classifica o referido princípio como sendo o princípio maior, ou seja, o mais universal entre todos os princípios apresentados pelo direito brasileiro. É um macroprincípio do qual se difundem os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos.

Para Daniel Sarmiento (2010, p. 60), o princípio da dignidade da pessoa humana representa:

[..] o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Eduardo Bittar (2006) se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana como sendo, “mais bem explicitado a partir da modernidade, e é como tal que se entrega à história contemporânea, para ser tornado um princípio fulcral da cultura dos direitos”. Continua Bittar discorrendo sobre o referido princípio afirmando que “Cuida-se, talvez, do melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive, na medida em que se assume”.

Diante do princípio apresentado, pode-se afirmar que, a Constituição Federal estendeu também o princípio da dignidade da pessoa humana, aplicando-o de igual maneira no direito de família, concedendo aos integrantes da família direitos inerentes a família, como menciona o art. 226, § 7º, que se vê abaixo descrito:

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

§ 7º **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Continuando com a análise constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador também fez menção no art. 227<sup>3</sup>, atribuindo legitimidade concorrente entre os familiares, sociedade e o Estado, com a finalidade de garantir os direitos inerentes ao exercício da cidadania.

Pode afirmar então que, o princípio da dignidade da pessoa humana não está previsto apenas como um limite à atuação do Estado, mas também constitui um norte para o exercício de ações positivas.

### 3.3.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Atualmente todo o direito de família segue as margens do princípio da afetividade, contudo, o propósito do presente princípio não é alcançar a definição de amor, tendo em vista sua alta complexidade de conceituação. A afetividade está presente no direito de família com o objetivo de trazer a baila o fundamento de estabilidade nas relações socioafetivas de comunhão de vida, com prioridade em frente às considerações da personalidade biológica e no caráter patrimonial (DIAS, 2016, p. 84).

Mesmo diante de inúmeros questionamentos, hoje o princípio da afetividade compõe o rol de princípios diretamente ligados ao direito de família no Brasil, norteando pareceres, solidificando as relações na sociedade, podendo esse princípio ser caracterizado como implícito da Constituição Federal de 1988 e ao mesmo tempo explícito e implícito no Diploma Civil Brasileiro de 2002.

---

<sup>3</sup>Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na mesma toada, o princípio da afetividade mesmo não estando no texto constitucional como sendo um direito fundamental, tem seu vínculo garantido com o princípio da dignidade da pessoa humana. O afeto deve ser tratado como uma fundamental ferramenta para se buscar a união entre a família em conjunto com a subjetividade. Para corroborar têm-se as palavras de Giselle Câmara Groeninga (2008, p. 28):

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.

A partir do citado acima, mas notando a falta de previsão legal, o princípio da afetividade encontra amparo no sistema jurídico pátrio, que nos dias atuais atua como princípio basilar com finalidade de se configurar o afeto com as pessoas envolvidas. Não é diferente quando se relata as relações homoafetivas, que também podem ser amparadas no princípio da afetividade. Diante do apresentado, Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho (2017, p. 1365), ensina que:

Daí, inclusive, a opção pela expressão “união homoafetiva”, preferida pela maioria dos autores modernos, e não “união homossexual”, pois as pessoas que formam esse núcleo estão jungidas pelo afeto, e não apenas pela sexualidade.

Pode-se afirmar então, que o afeto é um valor supremo, no qual este pode ser invocado até para proposição de ações judiciais indenizatórias, visando declarar sua ausência. Para Madaleno (2016, p. 166), destaca que “O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.

A afetividade para ser analisada no caso concreto deve estar implícita nos vínculos de filiação e parentesco, que pode variar a depender da intensidade (MADALENO, 2017, p. 166).

Não se pode descartar o afeto como valor jurídico, tendo em vista que foi objeto de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica no

Recurso Especial n. 1.026.981/RJ de 2010, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrichi:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. **Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes.** Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso (grifo nosso) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

Com enfoque a corroborar que a afetividade também deve ser analisada nas relações homoafetivas, o mesmo julgamento acima citado, a Ministra Nancy Andrichi, continua discorrendo que nas relações que envolvam afeto entre pessoas do mesmo sexo, no qual foram reconhecidas nas uniões, como entidade familiar, devem-se observar os princípios basilares e fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade, também o da liberdade, bem como o da busca pela felicidade, não deixando de observar o respeito pela orientação sexual, pois este é reconhecido como personalíssimo e inatingível. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010).

### 3.3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade antes de atingir o âmbito familiar, atinge a esfera constitucional, sendo reconhecida pela Constituição Cidadã de 1988, no art. 3º inciso I, conforme se verifica: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**” (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 79) a solidariedade pode ser conceituada como:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Sendo assim, antes de falar sobre a solidariedade nas relações familiares, faz-se necessário discorrer sobre o que é ser solidário. De acordo com Tartuce (2017, p. 783) “Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa”. Nesse sentido, a solidariedade deve ser entendida no seu sentido amplo, possuindo caráter de afeto, moral, sexual e até mesmo social.

Pode então a solidariedade ser analisada com enfoque no amparo na assistência moral e material, entre as pessoas integrantes da família, logicamente norteados pelo princípio da solidariedade familiar.

A legislação se beneficia da solidariedade existente nas relações familiares. Uma primeira ideia do que foi mencionado anteriormente está relacionado aos deveres recíprocos oriundos dos grupos familiares, no qual afasta a figura do Estado como a única “pessoa” responsável em proporcionar e assegurar os direitos dos cidadãos.

Corroborando o supramencionado Maria Berenice Dias (2016, p. 79), afirmar que:

Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).

A partir da leitura do texto acima exposto, o entendimento que se extrai é que existe uma hierarquia de deveres, a depender da situação, tornando o Estado a partir da omissão de determinada pessoa.

Alguns dispositivos infraconstitucionais, mais especificamente do Código Civil de 2002, apresentam a solidariedade de forma expressa em seu texto legal. Inicialmente o art. 1511<sup>4</sup>, estabelece a solidariedade entre os cônjuges e também a plena comunhão de vida. O referido artigo deve ser analisado sob o olhar da resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça que atribuiu competência aos cartórios de registro civil em todo âmbito jurídico nacional, para realizar o casamento das pessoas do mesmo sexo, ou seja, o casamento homoafetivo, conforme ensina o art. 1º da resolução: “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” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Tem-se também a solidariedade na obrigação de alimentar, conforme menciona o art. 1694<sup>5</sup> do Diploma Civil. O entendimento que se retira do artigo em comento é de que todos os integrantes da família são deveres e credores, quando se refere a prestação de alimentos.

A mútua assistência, bem como o sustento, guarda e educação dos filhos, obrigações talhadas nos incisos III e IV<sup>6</sup> do art. 1566 do Código Civil, também caracteriza a solidariedade no âmbito familiar, no que tange os deveres conjugais.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o princípio da solidariedade permeia o ordenamento jurídico pátrio de forma implícita ou explícita, obrigando determinadas pessoas a cumprir obrigações oriundas de relação de filiação, parentesco, podendo essa obrigação chegar até a esfera estatal, obrigando o ente público a cumprir o seu dever e proporcionar uma vida melhor para o cidadão.

### **3.3.4 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA**

---

<sup>4</sup>Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

<sup>5</sup>Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

<sup>6</sup>Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

A função social está presente tanto nos negócios jurídicos, quanto nas relações familiares. Contudo como esclarece os professores do curso de Direito da faculdade de Coimbra, Francisco Pereira e Guilherme de Oliveira (2008, p. 100), a função social da família, sofreu transformações ao longo da história, perdendo algumas características, como se vê:

(...) Perdeu a função política que tinha no direito romano, quando se estruturava sobre o parentesco agnático, assente na ideia de subordinação ou sujeição ao pater-familias de todos os seus membros. Perdeu a função econômica de unidade de produção, embora continue a ser normalmente uma unidade de consumo. As funções educativa, de assistência e de segurança, que tradicionalmente pertenciam à família, tendem hoje a ser assumidas pela própria sociedade. Por último, a família deixou de ser fundamentalmente o suporte de um patrimônio de que se pretenda assegurar a conservação e transmissão, à morte do respectivo titular (...).

Analisando a função social da família com enfoque na Constituição Federal, numa visão restrita, pode-se afirmar que atualmente seu caráter se encaixa como eudemonista, ou seja, a família que busca a realização de seus membros, alicerçada no afeto e no respeito mútuo.

Noutro lado, cabe ressaltar que se deve atentar para sua aplicabilidade no âmbito familiar. Atento ao princípio, Miguel Reale (2003) ensina que:

Em virtude dessa função social da família — que a Constituição considera ‘base da sociedade’ — cabe ao juiz o poder-dever de verificar se os filhos devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, atribuindo a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade, de acordo com o disposto na lei específica, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990).

Tão forte é a compreensão social da família, que o juiz, atendendo a pedido de algum parente ou do Ministério Público, poderá suspender o poder familiar se o pai ou a mãe abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes, ou arruinando os bens dos filhos, e adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 1371) caracteriza a função social da família como sendo:

A principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um

fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

Fartos são os exemplos que dizem respeito a função social da família, no qual pode-se citar as relações de parentesco que podem estabelecidas pelo vínculo socioafetivo entre as pessoas. Outro exemplo, que também merece destaque não só neste tópico do trabalho, mas também nos demais, é o do reconhecimento das uniões homoafetivas, conforme decidido em maio de 2011 pelo Supremo Tribunal de Justiça e publicado no informativo n. 625<sup>7</sup>, que reconheceu o direito ao matrimônio civil e registro civil das relações homoafetivas. Nada mais justo do que o direito alterar com a evolução social e moral da sociedade.

Por óbvio, não reconhecer a função social no direito de família, bem como a interpretação que envolve o ramo jurídico que a estuda, seria como ceifar o reconhecimento da própria sociedade e de seus princípios,

### 3.3.5 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

No que diz respeito à convivência familiar, pode-se afirmar que esta foi elevada ao *status* de princípio norteador do direito de família. O princípio da Convivência Familiar está atrelado à relação afetiva duradora dos entes que integram a família, podendo ser estabelecida pelo vínculo do parentesco ou não.

Paulo Lôbo (2011, p. 74) ensina que: “Essa aura de intocabilidade é imprescindível para que a convivência familiar se construa de modo estável e, acima de tudo, com identidade coletiva própria, o que faz que nenhuma família se confunda com outra”.

O direito de convivência está de forma expressa na lei civil, no qual se pode citar o instituto da guarda compartilhada, que está disposto no art. 1583, § 1<sup>o</sup>, haja vista que se trata de um direito inerente do pai e da mãe. Além do

---

<sup>7</sup>**Informativo STF.** Brasília, 2 a 6 de maio de 2011 - Nº 625. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

<sup>8</sup>§ 1<sup>o</sup> Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5<sup>o</sup>) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o



direito a guarda compartilhada, pode ainda esse princípio ser estendido aos ascendentes, como por exemplos os avós. Lôbo (2011, p. 74) afirma que: “Consequentemente têm igualmente fundamento no princípio da convivência familiar as decisões judiciais que asseguram aos avós o direito de visita a seus netos”.

Continuando a análise acerca do conteúdo acima exposto, contudo a partir do olhar legal do Diploma Civil de 2002, que determina e concede o direito de visita aos avós, conforme bem menciona o art. 1589, § único do Código Civil de 2002.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

**Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente** (grifo nosso) (BRASIL, 2002).

Após analisar o supracitado, pode-se afirmar que a convivência familiar transita por alguns campos do direito, no qual se pode citar o poder familiar, mesmo que os pais estejam separados, ou seja, o filho dos pais separados tem o direito de convivência com o filho. Atualmente a partir da Resolução 175 do CNJ, o mesmo direito foi concedido aos casais homoafetivos, podendo a guarda ser regulada de acordo com o disposto na ação judicial.

Pode, o princípio da convivência familiar ser ferido por decisão judicial, quando esta estabelece restrições descabíveis, retirando o direito de um dos genitores de ter seu filho por perto. Corroborando o mencionado acima, Paulo Lôbo (2011, p. 74) ensina que:

Por seu turno, viola esse princípio constitucional a decisão judicial que estabelece limitações desarrazoadas ao direito de visita do pai não guardião do filho, pois este é titular de direito próprio à convivência familiar com ambos os pais, que não pode restar comprometido.

Contudo, o direito à convivência familiar não acaba na família, aquela que é comparada como núcleo, ou seja, a composta pelos pais e filhos, mas

sim aquela que compreende pelas linhas de ascendentes e descendentes, bem como os colaterais, e por fim os por afinidade, sendo este último exemplo formado pela família do cônjuge/companheiro.

### 3.3.6 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Pelo princípio da intervenção mínima do Estado no convívio familiar, entende-se que ao Estado é concedido o direito de intervir apenas em casos específicos. A intervenção estatal no âmbito familiar, caso ocorra de forma equivocada, pode retirar do genitor, ou de ambos, a supremacia do melhor interesse da administração da sociedade familiar, ou seja, rompendo assim a base socioafetiva da família.

A intervenção feita pelo Estado, não pode em hipótese alguma ferir a autonomia da família, salvo nos casos previstos em lei, quando o interesse do menor estiver sendo ceifado, mas sim agindo de maneira contrária criando leis que visam resguardar os direitos dos cidadãos, medidas protetivas dos direitos inerentes à família.

Nas cristalinas palavras de Pereira (2012, p. 180), o Estado está modificando sua figura de atuação de *protetor-repressor*, para *protetor-provedor-assistencialista*, passando a intervir nas lacunas deixadas pela família, bem como auxiliando na saúde e educação dos filhos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou o princípio da interferência mínima do Estado na família nos parágrafos 7º e 8º do art. 226, como determina:

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

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

Salienta-se que o texto constitucional dispôs sobre o princípio de forma implícita, mas com as ações pré-determinadas, afirmando que é dever do Estado, garantir todos os meios para o cidadão possa ter uma vida digna. Ainda, conforme o supracitado deverá garantir o segurança do convívio familiar, criando com o próprio texto diz, mecanismo para coibirem os atos lesivos a entidade familiar.

No que diz respeito ao princípio da intervenção mínima do Estado na família, o Código Civil de 2002 estabeleceu normas que orientam aos entes públicos e também as pessoas naturais, a observarem o disposto na legislação, sendo determinado que é defeso há qualquer pessoa interferir na vida comum da família, conforme se verifica abaixo:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

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

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (BRASIL, 2002).

Em uma análise acerca do tema exposto o professor e doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, "as normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo" (PEREIRA, 2008, 183).

Para Rodrigo Pereira (2012, p. 182), o princípio da intervenção do Estado obriga apenas e tão somente o Estado, a tutelar e garantir para que os membros familiares mantenham seu núcleo particular. Sendo assim, a partir da violação do princípio da intervenção mínima do Estado na família, restará configurado o excesso na prática das atitudes por parte do Estado.

#### **4 CASAMENTO HOMOAFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O casamento conforme anteriormente mencionado, trata-se de um dos mais antigos institutos jurídicos da humanidade. Quando se trata de instituições ligadas ao casamento, o ordenamento jurídico brasileiro põe a amostra no texto

constitucional apenas o casamento e a união estável entre as pessoas de sexos diferentes.

De forma preconceituosa, sempre se entendeu, que quando há diferença de sexo entre as pessoas, esta união não pode ser reconhecida. Com a finalidade de dar força ao entendimento exposto, é o de que constitui requisito natural das uniões, as pessoas serem de sexos diversos.

Carlos Roberto Gonçalves em sua obra ensina que: “sempre se entendeu, com efeito, que a diversidade de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais” (GONÇALVES, 2016, 141).

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro silenciou-se perante a possibilidade de alteração legal, para que se permita o casamento entre as pessoas do mesmo sexo. Mas como é de conhecimento amplo, o direito evolui de acordo com a sociedade, e com essa finalidade, a partir da evolução é que os direitos são inseridos por posicionamentos doutrinários.

Atualmente o modelo de família homoafetiva que se tem, é devido a um processo lento, apresentando transformações sociais, culturais e até econômicas no âmbito de atuação da família. A necessidade de incluir na lei infraconstitucional um dispositivo enunciativo, com a finalidade de dar eficácia ao casamento homoafetivo, depende de lei específica e que até o presente momento não foi promulgada.

Com a não atuação do Congresso Nacional, o casamento homoafetivo obteve a sua regularização a partir da atuação do poder judiciário, com a finalidade de regulamentá-lo. Com base em decisões dos superiores tribunais do Brasil, por meio de ADIn, ADPF e por REsp, sendo estas fatores primordiais para elaboração e publicação da edição da Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça, que concedeu aos casais homoafetivos, o direito a realização da celebração do casamento civil, perante a autoridade do cartório.

Sendo assim, não seria diferente um julgamento que acompanhassem os princípios norteadores citados anteriormente. Seria ferir a dignidade da pessoa humana, não conceder o direito ao casamento entre as pessoas do mesmo sexo, atribuindo apenas o que diz a legislação vigente. Seria também, tapar os olhos e fechar os portões do poder judiciário aos pretendentes ao

casamento, retirando deles os demais princípios, no qual podem ser citados, a convivência familiar, afetividade, dentre outros citados no presente trabalho.

#### 4.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO DE CASAMENTO HOMOAFETIVO

A Constituição Federal de 1988, em seu texto, se preocupou com os direitos inerentes ao cidadão, tais como o da igualdade, liberdade, cidadania. Para que isso ocorra, existe em série de preceitos com a finalidade de construir uma sociedade fraterna, envolvida pelos direitos e sem nenhum tipo de discriminação.

Noutro lado, quando se trata dos direitos dos homossexuais, os princípios e as normas que regem o Brasil, nunca funcionam a favor. Não se pode esquecer que antes da regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça, os superiores tribunais do Brasil, enfrentaram inúmeras questões envolvendo os direitos dos homossexuais.

A homossexualidade é definida por um sentimento próximo a alguém do mesmo sexo, isto é, trata-se do envolvimento de pessoas do mesmo sexo que envolva amor.

Tecnicamente, pode ser definida como a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa do mesmo sexo. Da mesma forma, a heterossexualidade caracteriza-se pelo sentimento de amor romântico que se sente por pessoas de sexo diverso, sendo assim, igualmente, a atração erótico-afetiva que se sente por uma pessoa de sexo diverso (VECCHIATTI, 2012, p. 79).

O casamento/união homoafetivo(a) pode ser conceituado como sendo o vínculo entre duas pessoas do mesmo, com a finalidade de constituir família, ou seja, possuindo a mesma características inicial do casamento/união heteroafetiva.

Flávio Tartuce (2017, p. 81) conceitua o casamento homoafetivo como sendo:

O casamento é a união de duas pessoas reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseada em um vínculo de afeto. **Pela conceituação clássica, o casamento exigiria diversidade de**

**sexos. Todavia, a tendência é o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou casamento homoafetivo** (grifo nosso).

A partir da oficialização do casamento ou até mesmo do início da união estável, nasce para os cônjuges/companheiros, o dever de analisar todos os dispositivos inerentes ao casamento, tais como o Art. 1566<sup>9</sup> do Diploma Civil Brasileiro, que trata dos deveres conjugais. Cabe esclarecer que, não são apenas os deveres que devem ser observados, mas sim os direitos oriundos da relação, tais como a adoção, alimentos, dentre outros.

## 4.2 REGULAMENTAÇÃO DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

O casamento de pessoas de sexos iguais, ou seja, casamento homossexual não encontrava margem para discussão, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio, não abria o leque do debate para que as uniões homoafetivas fossem analisadas pelo poder judiciário, por acreditarem que o que estava disposto na Carta Magna de 1988 era absoluto, não cabendo contrariar o dispositivo maior da legislação brasileira.

Antes de adentrar no cerne da questão, faz-se necessário mencionar quando se iniciou o pleito para regularização do casamento homoafetivo. Trata-se da ADIn. 4277 que também deu entendimento ao ADPF n. 132, que foi relatada pelo douto Ministro Ayres Britto, que culminou com a seguinte interpretação:

Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Em seguida, o Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Assim sendo, no ano de 2011 o STJ enfrentou a questão em uma decisão muito comentada, no qual se reconheceu o direito a união

---

<sup>9</sup> Art. 1566. São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e consideração mútuos.

homoafetiva, ou seja, concedendo o direito as pessoas do mesmo sexo a se unirem, conforme se verifica no julgado extraído do informativo n. 486:

Nota-se que, pela conceituação clássica, seguida em edições anteriores desta obra, o casamento exigiria diversidade de sexos. Todavia, desde 2011, com a decisão do STF sobre união homoafetiva, reconhece-se, no Brasil, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou casamento homoafetivo. Nessa linha, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao final daquele mesmo ano, conforme acórdão assim publicado no seu Informativo n. 486: “Casamento. Pessoas. Igualdade. Sexo. *In casu*, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi-lhes negado o pedido nas instâncias ordinárias. O Min. Relator aduziu que, nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, 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 e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3.º). Logo, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio” (STJ, REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011) (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011).

Consoante que, na mesma seara de perspectiva jurídica do casamento homoafetivo, estabeleceu o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de São Paulo, em decisão publicada em 23 de outubro de 2012, promulgou a ementa: “Registro civil das pessoas naturais – recurso interposto contra sentença que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do

mesmo sexo – orientação emanada irrevogável pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), na mesma diapasão dispõe o Superior Tribunal de Justiça (REsp1.183.378) – Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional – Recurso provido” (Apelação Cível 0010043-42.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos) (TARTUCE, 2017, p. 42).

Preceitua o Des. José Renato Nalini que, a partir das decisões dos Tribunais Superiores estas sinalizaram inúmeras decisões amparadas e fundamentadas nesses julgados. Ademais se, na via administrativa, fosse alterada essa tendência, todo o sistema jurisdicional se veria solicitado a decidir, matéria já sedimentada nos Tribunais com competência por todo o território nacional. Guardiões da Constituição, os juízes e órgãos do Poder Judiciário não deveram distorcer orientação emanada em caráter definitivo pelo STF. Desta forma, os diplomas legais e Constitucionais inerentes ao casamento e à união estável não cabem interpretação à revelia da nova acepção jurídica que lhes caracterizaram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (TARTUCE, 2017, p. 42).

A Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo no final de 2012 disciplinou a possibilidade do casamento homoafetivo nos Cartórios de Registro Civil, a rigor do seu Provimento CG 41/2012, que estabelece: “Aplicar-se-ão ao casamento ou à conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção”. Dando azo, a compreensão de todo o exposto, admite-se, plenamente e desde 2012, o casamento homoafetivo. E em âmbito nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da resolução n. 175, de 2013, veda as autoridades responsáveis pelo Cartório de Registro Civil a recusa de habilitação, celebração de casamento ou conversão em união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo. (TARTUCE, 2017, p. 42).

Para melhor elucidar o supramencionado, faz-se necessário citar a referida resolução:

**Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013**

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.



**O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

**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** (BRASIL, CONSELHOR NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

A VII Jornada de Direito Civil, empreendida pelo Conselho da Justiça Federal em 2015, rechaçou o enunciado segundo é válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Enunciado n. 601<sup>10</sup>). Ressalta-se que desse evento participaram juristas com as mais variadas visões doutrinárias sobre o Direito de Família e, apesar disso, a proposta aprovada obteve ampla maioria, o que demonstra uma sedimentação doutrinária a respeito do tema no País (TARTUCE, 2017, p. 42).

No que se refere à alteração legislativa, não vislumbra tal modificação no sentido de admissão da nova entidade familiar, não sendo considerado como obstáculo para o seu amplo reconhecimento, cabendo à doutrina e à

---

<sup>10</sup> Enunciado 601 da VII Jornada de Direito Civil – É existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

jurisprudência a tarefa de harmonizar a norma ao fato social, fato este recorrente. Consolidado a proposição de inclusão, as regras pessoais e patrimoniais do casamento entre pessoas de sexos distintos incidem para o casamento entre pessoas do mesmo sexo (TARTUCE, 2017, p. 42).

## **5 CONCLUSÃO**

Conclui-se, portanto, a relevância da evolução da lei diante aos que compõe a sociedade, na qual sofreu e ainda sofre com os preconceitos advindos primeiramente à repressão à mulher, sendo o homem o único chefe

da família, onde todos eram obrigados a acatar suas decisões e atualmente onde as escolhas e opções sexuais e de gênero ainda sofrem indiferença e rejeição.

O questionamento em torno do presente tema que foi elaborado através de pesquisas doutrinárias, sites jurídicos e artigos de lei imprescindíveis para o desenvolvimento deste, teve como objetivo desconstruir a desigualdade e preconceito que ainda são presentes em relação às novas formas de constituição de família e opção sexual, construindo assim, o respeito mútuo e a dignidade às pessoas enquanto ser humano, independentemente da sua opção sexual e modo de vida.

Através de movimentações em busca da igualdade, foram conquistados notáveis direitos à homossexualidade, sendo o principal o casamento civil, refletindo uma luta entre direitos, sobrevividos da modernidade.

A lei por sua vez, tenta acompanhar as evoluções costumeiras da sociedade, os conceitos, mas não se consegue abater os preconceitos. Não podendo o Estado fechar os olhos a essa nova conduta, devendo valorar o respeito frente aos direitos fundamentais do ser humano, como base de um Estado Democrático de Direito.

A família perante o Código Civil de 1916 era constituída somente pelo casamento entre pessoas de sexos diferentes, era patriarcal, onde o pater seria o chefe do grupo do familiar, no qual o vínculo era sanguíneo, biológico, não adotando como principal vínculo, o afeto. Hoje a família perante o Código Civil de 2002 ainda é constituída por meio do casamento, mas é pluralizada através do artigo 226, §4º da Constituição Federal de 1988, reconhecendo também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, sendo uma unidade socioafetiva, onde o afeto é um valor jurídico, trazendo uma visão igualitária.

O presente trabalho é de extrema relevância tendo em vista as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, que com o advento da resolução n.175/2013 do Conselho Nacional de Justiça passou-se a regulamentar os casamentos homoafetivos em todo território brasileiro, sendo 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, colaborando para um grande avanço da sociedade.

Através do resultado alcançado por meio de textos doutrinários e jurisprudenciais, constata-se que hoje o casamento homoafetivo é regulamentado não através de lei e sim através de uma resolução do CNJ que concedeu o direito aos homossexuais à se casarem.

O homossexualismo faz parte da nossa sociedade, contudo, uma coisa seria regulamentar o casamento oferecendo direitos referentes ao mesmo, como primeiramente foi feito em relação à união estável, outra é se discutir que foi dado outro sentido ao termo casamento, sendo este questionamento o motivo das indiferenças e preconceitos sociais. O trabalho, portanto, vem de modo a contribuir para a não diferenciação das pessoas em relação ao sexo, sendo todos iguais perante a lei diante o artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Por fim, pode-se verificar que ainda há um caminho longo a percorrer para que seja possível alcançar todos os objetivos pretendidos com as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, carecendo quebrar os tabus e preconceitos dos séculos anteriores para que se viva de forma mais igualitária ao século vigente, mas que aliada à medidas eficazes, uma boa administração também por parte do Estado e maior colaboração da sociedade, pode se tornar uma maneira eficaz de trazer à todos uma maior qualidade de vida sem distinção e discriminação.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS, Phillipe e DUBY, Georges. ***História da Vida Privada, vol. 1: Do Império Romano ao ano mil.*** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BEVILÁQUA. Clóvis. **Direito de Família.** Ed. Rio, Rio de Janeiro, 1976.

BITTAR, Eduardo. **ÉTICA, CIDADANIA E CONSTITUIÇÃO: O DIREITO À DIGNIDADE E A CONDIÇÃO HUMANA.** Disponível em: <[https://www.passeidireto.com/arquivo/1193189/eduardo\\_bittar](https://www.passeidireto.com/arquivo/1193189/eduardo_bittar)>. Acesso em: 27 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA QUESTÃO CENTRAL PARA O MOMENTO PÓS-MODERNO** Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/lpbin22/lpext.dll/FolRevistas/Revista/revs.nfo.2d0.0.0.0/revs.nfo.2d1.0.0.0/revs.nfo.2d2.0.0.0?fn=document-frame-nosync.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **CONSELHOR NACIONAL FEDERAL. Enunciado 601.** Disponível em <[www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/828](http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/828)>. Acesso em: 05 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 175 de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165773/recurso-especial-resp-1026981-rj-2008-0025171-7/inteiro-teor-19165774>>. Acesso em 26 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em 05 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4277 DF.** Disponível: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso: 05 set. 2017.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA.** Disponível em <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio\\_da\\_afetividade\\_no\\_direito\\_de\\_familia.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2017.

COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA Guilherme de. **Curso de Direito de Família — Introdução — Direito Matrimonial**. 4. ed., v. I. ED: Coimbra, Portugal, 2008.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. ED. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil, Volume Único**. ED. Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família Brasileiro: introdução- abordagem sob a perspectiva civil-constitucional**. 1. ed. Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. ED: Forense, Rio de Janeiro, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6 – Direito de Família**. 13ª ed. ED. Saraiva, 2016.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Direito de Família**. Volume 7, ED. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

HACK, Érico. **Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos**. ED. Ibpex. Curitiba, 2008.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Por um estatuto jurídico das relações homoafetivas: uma perspectiva civil-constitucional**. In: LIMA, Frederico Henrique Viegas de; GRANJEIRO, Ivonete (Orgs.). **Direito civil constitucional**. Brasília: Editora Obscurus. 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4ª ed. ED: Saraiva, São Paulo, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. ED. Forense, Rio de Janeiro, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - volume 5**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_, Caio Mário da Silva. **Instruções de Direito Civil, Volume V**. Atual. Tânia da Silva Pereira. 25 ed. ED. Forense, Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2. ed. ED. Del Rey, Belo Horizonte, 2012.

\_\_\_\_\_, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Função Social da Família no Código Civil, publicado em 11 de outubro de 2003**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoc.htm>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil, Direito de Família**. v. 6<sup>o</sup>. 12. ed. ED. Saraiva, São Paulo, 1985.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7. ed. rev., atual. e ampl. ED. MÉTODO. Rio de Janeiro, 2017.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homossexualidade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2 ed. rev. e atual. ED: Método, São Paulo, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 6. 7<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

WALD, Arnoldo. **Direito de Família**. 7 ed.: Revista dos tribunais, São Paulo 1990.