

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE MESTRADO

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS UNIÕES DE PESSOAS  
DO MESMO SEXO: Limites e Possibilidades de Interpretação do  
Artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil**

Florianópolis, junho de 2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE MESTRADO

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS UNIÕES DE PESSOAS  
DO MESMO SEXO: Limites e Possibilidades de Interpretação do  
Artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil**

Mestranda: Luciana Faísca Nahas

Orientadora: Professora Doutora Cecília Caballero Lois

Florianópolis, 24 de junho de 2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
PROGRAMA DE MESTRADO

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS UNIÕES DE PESSOAS DO  
MESMO SEXO: Limites e Possibilidades de Interpretação do Artigo 226 da  
CRFB**

Dissertação submetida à  
Universidade Federal de Santa  
Catarina – UFSC, como requisito  
parcial para a obtenção do grau de  
Mestre em Direito.

Mestranda: Luciana Faísca Nahas

Orientadora: Professora Doutora Cecília Caballero Lois

Florianópolis, 24 de junho de 2005

Esta dissertação foi julgada apta para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

---

Professora Dra. Cecília Caballero Lois  
Orientadora

---

Professor Doutor Orides Mezzaroba  
Coordenador do Curso

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores:

---

Dra. Cecília Caballero Lois  
Professora Orientadora

---

Professor Doutor Elimar Szaniawski  
Membro Titular

---

Professor Doutor Reinaldo Pereira e Silva  
Membro Titular

---

Professor Doutor Paulo Roney Ávila Fagúndez  
Membro Suplente

Florianópolis, 14 de junho de 2005

*Para Eduardo de Avelar Lamy*

## Agradecimentos

A realização de um trabalho científico envolve não somente o autor, mas toda a sua família, amigos, professores e alunos. Mesmo que seja um trabalho feito individualmente, o apoio das pessoas queridas se faz indispensável. Sem esse apoio, às vezes manifestado pelo simples olhar, às vezes por um gesto de atenção, dificilmente chegaria aqui.

O afeto, tão discutido nesse trabalho, foi essencial para a sua elaboração. Agradeço a todos os que me acolheram, compreenderam e incentivaram, e estiveram ao meu lado em todos os momentos.

Primeiramente, agradeço à minha Família, essa teia complexa que envolve não somente relações de parentesco, mas apoio, carinho, afeto. Todos que sofreram a minha ausência, me apoiaram nas dificuldades, e se alegraram comigo. Sou feliz pela Família que tenho. Dentre todos, destaco meu marido Eduardo, aquele que escolhi para viver comigo e compartilhar as vitórias e derrotas, meu maior companheiro, parte de mim. Não posso esquecer de minha mãe e de meu pai, que me deram muito mais do que a vida. Especial lugar também tem a minha avó, Sonia, que esteve comigo em todos os momentos. É claro que seria injusta se não agradecesse o apoio recebido por meu irmão e sócio Dudu, que sempre me apoiou. Ainda, agradeço meu tio Antonio e sua esposa Lica, a minha tia Marisa e o tio Juarez, e minha prima Marina, que dispuseram de algumas horas para colaborar com a realização de um trabalho. Também agradeço à Zinha, por ter compartilhado comigo de sua experiência, e por ter sempre orado por mim.

Agradeço à minha orientadora, Cecília, fiel companheira, exemplo de profissional, mãe e amiga, responsável pela minha paixão pelo Direito Constitucional, cuja colaboração ao trabalho não pode ser mensurada.

Agradeço ainda aos meus alunos, pelas contribuições e debates em sala de aula, e pela compreensão.

## RESUMO

Esta dissertação tem como finalidade verificar a possibilidade de inclusão das uniões de pessoas do mesmo sexo dentro do rol das entidades familiares constitucionalmente previstas no artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil através da interpretação concretizadora. Para tanto, serão apresentadas as concepções formais e materiais da Constituição, bem como a abertura das normas constitucionais como condição para interpretação, e os pressupostos para a interpretação concretizadora, na teoria de Konrad Hesse.

Logo após, será realizada uma análise histórico-evolutiva do conceito jurídico-constitucional de família no Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição de 1988, para que se verifique a alteração da concepção de entidade familiar.

Por fim, será efetuado um estudo da mudança paradigmática da Família no Brasil trazida com a Constituição de 1988. Para tal serão apresentados os requisitos para constituição de família e o conceito de homossexualidade sob o viés doutrinário e jurisprudencial. Feito isso, se verificarão os limites interpretativos do artigo 226, e a possibilidade de inclusão das uniões de pessoas do mesmo sexo dentro da norma constitucional.

## ABSTRACT

This dissertation aims at verifying the possibilities of inclusion the relationship between homosexuals in the list of constitutional protect family of the Brazilian Constitution article 226. For such a purpose, it will be presented the formal and material concept of constitution, as well as its norms opening as a condition to interpretation, and the presupposes to concrete interpretation by Konrad Hesse's theory.

In the sequence, it will be done a historic-evolute's analysis of the brazilian families juridical-constitutional concept, since the 1824's Imperial Constitution to the 1988 Constitution, so verifying the mutation of family concept.

Finally, it will be done a study of the Brazil's family paradigm change brought by 1988 Constitution. For such, it will be presented the requirements for family constitution, as well as the analysis of the homosexual's by doctrine and jurisprudential view. In the sequence, it will be verified the limitations of article's 226 interpretation, and the possibility of inclusion in the constitutional norm of the homosexual relationship.



## SUMARIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	15
1.1 Constituição	15
1.1.1 Considerações preliminares	15
1.1.2 Estado Liberal e Constitucionalismo Formal	15
1.1.3 Estado Social e Constitucionalismo Material	20
1.2 A Constituição Normativa	28
1.2.1 A Abertura Constitucional	29
1.2.2 Normas: Regras e Princípios	31
1.2.3 Tipologia de Normas	32
1.2.4 Densidade e Abertura das Normas Constitucionais	36
1.3 Interpretação Constitucional	37
1.3.1 Métodos Clássicos de Interpretação Constitucional	39
1.3.2 A Interpretação como Concretização	42
1.3.3 Princípios de Interpretação Constitucional	47
CAPÍTULO II - HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA SOB A ÉGIDE DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL	52
2.1 Família	52
2.2 A proteção à Família nas Constituições Brasileiras	54
2.2.1 A Família no Constitucionalismo Liberal: Constituições de 1824 e 1891	54
2.2.2 A Família no Constitucionalismo Social: Constituições de 1934, 1937 e 1946	62
2.2.3 A família no regime militar: Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969	69
2.3 A família após a Constituição de 1988	73
2.3.1 O processo constituinte - Constituição de 1988	73
2.3.2 A Constituição de 1988.	77

2.3.3	Reflexos das mudanças constitucionais na legislação ordinária	83
-------	---	----

CAPITULO III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS UNIÕES DE PESSOAS		
DO MESMO SEXO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO DO		
ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
		89
3.1	Concepção atual de Família	89
3.1.1	Mudança de Paradigmas	90
3.1.2	Família com base no afeto - ambiente de realização individual da pessoa	93
3.2	Relacionamentos de pessoas do mesmo sexo	98
3.2.1	Homossexualidade	98
3.2.2	Relacionamentos de pessoas do mesmo sexo: semelhanças com entidade familiar	102
3.2.3	Decisões judiciais sobre o assunto	107
3.3	A interpretação do art. 226 da CF e os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo	111
3.3.1	Caracterização como entidade familiar	111
3.3.2	A Abertura do artigo 226 da Constituição Federal	112
3.3.3	A possibilidade de inclusão das entidades homossexuais como família	
	constitucionalmente protegida	121
	CONCLUSÃO	125
	REFERENCIAS	129

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, denominado *A Proteção Constitucional das Uniões de Pessoas do Mesmo Sexo: Limites e Possibilidades de Interpretação do Artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil* tem como finalidade analisar os limites interpretativos do mencionado artigo, que garante proteção especial do Estado à família, a fim de verificar a possibilidade de sua extensão às uniões conjugais de pessoas do mesmo sexo. A hipótese central desta pesquisa é de que é possível, através de uma interpretação concretista da Constituição, atualizar o sentido da expressão família para a inclusão dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo entre as entidades familiares constitucionalmente protegidas.

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)<sup>1</sup>, promulgada em 5 de outubro de 1988, mudou não somente o panorama jurídico-constitucional brasileiro, mas todo sistema jurídico brasileiro. Possuindo como objetivo regular uma sociedade plural, justa, fraterna e democrática, fundada na dignidade da pessoa humana, a CRFB trouxe importante evolução jurídica ao romper com paradigmas de uma sociedade patriarcal já ultrapassados.

Destaca-se a mudança na concepção de família constitucionalmente protegida. Até a Constituição de 1988, a família jurídico-constitucional não poderia ser dissociada daquela formada através do casamento. Havia menção expressa no corpo constitucional do matrimônio como forma exclusiva de constituição da família amparada e protegida pelo Estado.

Outros conceitos familiares se formaram ao lado da exclusividade do matrimônio como forma de constituição de família. Como os filhos somente deveriam

---

<sup>1</sup> No decorrer do trabalho, será utilizada a abreviatura CRFB para significar Constituição da República Federativa do Brasil. Ainda, poderão ser as expressões Constituição Federal ou Constituição de 1988.

vir de uma relação matrimonial, havia distinções entre filhos legítimos e ilegítimos. Por muitos anos, a mulher casada teve tolhidos direitos, e viu-se subordinada ao marido, tanto na sociedade conjugal como na prática dos atos jurídico-cíveis como um todo. E não se pode esquecer que até poucos anos o matrimônio esteve ligado a dogmas morais e religiosos, sendo amparada a sua indissolubilidade até 1977, no advento da Emenda Constitucional nº 9.

Situações corriqueiras na vida social não possuíam amparo jurídico e constitucional. Casamentos desfeitos, uniões informais e os filhos advindos destas uniões estavam à margem da ordem jurídico-constitucional brasileira como entidades familiares, mesmo que estivessem presentes na realidade social do país.

A Constituição de 1988 alterou de forma significativa o amparo legal conferido à família brasileira ao retirar do seu *caput* a menção à família matrimonializada como única objeto da proteção estatal. E, como se não bastasse, ainda incluiu de forma expressa um rol de entidades familiares a serem amparadas, entre elas a união estável, denominação conferida as uniões de fato entre homem e mulher, e a entidade monoparental, constituída por um dos pais e seus filhos.

Essa alteração constitucional satisfaz um anseio da sociedade, que já aceitava esses núcleos familiares e os amparava juridicamente através de decisões judiciais pioneiras, mesmo não podendo aplicar as regras concernentes ao direito de família.

No entanto, a dinamicidade das mudanças sociais impôs aos intérpretes da Constituição um problema inusitado, não previsto pelo legislador constituinte: a existência crescente de uniões de fato de pessoas do mesmo sexo socialmente aceitas. No entanto, não há previsão constitucional expressa entre as entidades familiares de uniões de pessoas do mesmo sexo, o que fez crescer a dúvida no meio jurídico acerca da extensão do amparo a estas uniões.

Algumas decisões judiciais já se pronunciaram sobre a questão, buscando as mais diferentes alternativas para o amparo, ao menos patrimonial, dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. Alguns posicionamentos doutrinários já foram publicados, mas a maior preocupação, tanto da doutrina como da jurisprudência, tem sido a análise dos dispositivos infraconstitucionais para a solução dos casos concretos.

No entanto, o primeiro passo para a aplicação das normas infraconstitucionais é a análise prévia da regulação da matéria no âmbito constitucional, em razão da superioridade normativa constitucional em relação às demais normas do ordenamento jurídico, e em razão da efetiva constitucionalização do direito civil. Desta forma, o pressuposto para aplicação correta da norma infraconstitucional é a correta interpretação constitucional da norma reguladora da família.

Assim, o objetivo do presente trabalho será interpretar a norma constitucional dimensionada no artigo 226 da Constituição Federal, a fim de examinar os limites e possibilidades interpretativas.

Como teoria de base para a interpretação constitucional concretizadora, serão utilizadas as obras de Konrad HESSE e de J.J. Gomes CANOTILHO em especial. Através da teoria da *força normativa da Constituição* de HESSE será possível uma análise da importância do relacionamento do texto constitucional como norma superior do ordenamento jurídico com a realidade que a circula. HESSE apresenta os pressupostos para uma interpretação concretizadora da Constituição, sem ultrapassar os próprios limites do corpo constitucional, mas atualizadora da vontade da constituição. E a teoria constitucional de CANOTILHO apresenta uma sistematização dos conceitos de abertura constitucional e abertura das normas constitucionais na

Constituição normativa, essenciais para a interpretação concretizadora da constituição.

No primeiro capítulo serão apresentados os pressupostos teóricos para a interpretação constitucional. Num primeiro momento, será feita uma breve análise da concepção formal e material de Constituição, e a sua ligação com o constitucionalismo no Estado Liberal e no Estado Social. Em seguida, será analisada a estrutura da Constituição normativa, para ao final serem analisados os métodos clássicos de interpretação, e finalmente a interpretação concretizadora da Constituição e seus princípios.

No segundo capítulo serão analisadas as normas constitucionais reguladoras da entidade familiar através de um olhar por todas as Constituições brasileiras. Será demonstrado que as evoluções no comportamento social impuseram mudanças na Constituição, sendo necessária a reforma do próprio texto para que se pudesse alcançar os anseios sociais.

Finalmente, no terceiro capítulo, será realizada a interpretação do artigo 226 da CRFB e a possibilidade de proteção de novas entidades familiares não expressamente arroladas no artigo 226, através da análise do conceito atual de família, e de uma breve discussão sobre a homossexualidade. Ainda, será feito um breve destaque sobre a constitucionalização do direito civil e seus reflexos. Por fim, sob a égide de uma interpretação concretizadora, se buscará a solução para o questionamento sobre o amparo constitucional dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo.

Utilizar-se-á, no presente trabalho, o método dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica. As citações e notas de rodapé serão efetuadas a partir do sistema autor/data.

## CAPÍTULO I – CONSTITUIÇÃO E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 1.1. Constituição

#### 1.1.1. Considerações Preliminares

O presente capítulo tem por objeto a análise da interpretação constitucional, pressuposto teórico para a análise do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), promulgada em 1988, tema central do trabalho. Para tanto, será necessária breve análise do que é Constituição através do viés das teorias formal e material da Constituição, entrelaçada com a análise do constitucionalismo liberal e social.

Desde as Constituições liberais até as Constituições atuais, houve uma evolução da concepção e natureza jurídica da Constituição. Acompanhar esta evolução é essencial para a localização do atual lugar teórico da Constituição, e, portanto, a compreensão de como devem ser interpretadas as suas disposições. Dependendo do que se entende por Constituição, em sentido formal ou material, a sua interpretação será diversificada.

#### 1.1.2. Estado Liberal e Constitucionalismo Formal

O Estado Liberal teve delineadas as suas principais características no momento histórico que o precedeu, com influências diretas dos ideais iluministas<sup>2</sup> e

---

<sup>2</sup> O iluminismo foi um movimento que iniciou no século XVIII, e fundamentava-se na predominância da força da razão, invocada contra a tradição nos campos da ciência, moral, religião e política, postando-se contra a Igreja, o Estado e quaisquer idéias tradicionais de poder fundamentado divinamente.

contratualistas<sup>3</sup> pregados pela burguesia mercantil da Europa dos séculos XVIII e XIX.

Uma das características do Estado Liberal é a sua formação através de uma ordem jurídico-constitucional revolucionária<sup>4</sup>. O exercício do poder fica distribuído entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, no sistema de freios e contrapesos.<sup>5</sup> Não existe hierarquia entre os poderes, tampouco subordinação, mas a busca pelo um equilíbrio.

---

<sup>3</sup> As teorias contratualistas, das quais são principais representantes Thomas HOBBS (1997) em sua obra *O Leviatã*, John LOCKE (1998), e J.J. ROUSSEAU (1999), têm como ponto comum a limitação do poder do soberano através das leis, ou de uma lei em especial, o Contrato Social, firmado por todos os homens, no qual eles abrem mão de parcela de sua liberdade para depositar nas mãos de um representante, o qual terá o poder exclusivo de punir, porém com limites impostos pelo próprio contrato.

<sup>4</sup> Neste momento, deve-se destacar a obra do abade SIÉYES (1986), *O que é o Terceiro Estado?*, publicada às vésperas da Revolução Francesa de 1789, que se pode precisar o início de uma discussão sobre a Constituição, através de sua preocupação com a legitimidade para elaboração da Constituição e seu conteúdo fundamental. Em sua obra, SIÉYES (1986) defende a importância da Constituição de um Estado, como norma especial e superior, garantidora dos direitos políticos, e que somente é legítima se representar a vontade comum na opinião da maioria (SIEYES, 1986). E, a vontade comum representa os interesses da Nação, constituída por todos os integrantes do país, inclusive o chamado Terceiro Estado, que na época estava excluído das decisões políticas na França, as quais eram tomadas pela nobreza e pelo clero. Assim, propõe a formação de uma assembléia nacional extraordinária, sem diferença de ordens entre clero, nobreza e povo, para que possa ser elaborada uma Constituição legítima (SIEYES, 1986). Esta assembléia extraordinária estaria investida do Poder Constituinte originário. E, desta forma, poder-se-ia elaborar uma Constituição garantidora dos direitos políticos e civis correspondente à vontade comum da nação.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU (1997), em sua obra *O Espírito das Leis*, defende a separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no chamado sistema de freios e contrapesos, para que haja equilíbrio no exercício do poder. Nesse sistema, não há um dos poderes superior aos outros, mas são exercidos de maneira harmônica e ao mesmo tempo limitadora. Demonstra a busca pela liberdade através de sua preocupação com a forma de exercício do poder. MONTESQUIEU (1997) destaca que esse sistema deve ser estabelecido pela Constituição, não importando se é uma monarquia ou uma república. O importante é que “uma Constituição pode ser de tal modo que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite”. (MONTESQUIEU, 1997, p. 200). O ponto nevrálgico do “Espírito das Leis”, indubitavelmente, foi a edificação da tese da separação dos poderes. Contudo, em nenhuma parte desta obra MONTESQUIEU usou a expressão “separação”. No livro *Décimo Primeiro*, o autor expõe a relação entre a liberdade política do cidadão e o ordenamento político do Estado, sendo que a liberdade do cidadão é escorada no princípio da legalidade, ou seja, no espírito da lei em que a consciência do povo se manifesta. Na sua concepção a liberdade do cidadão não significa fazer o que se quer, e sim fazer o que está previsto na Constituição, pois aí se encontra a vontade do povo. Ele acreditava que a delimitação da liberdade era a única forma de garantir que o furor de um só ou de muitos não retiraria a vida ou a propriedade dos homens. A fim de harmonizar a liberdade política e o exercício do poder, ele formula o sistema de freios e contrapesos para que não se possa abusar do poder, havendo, assim, uma combinação de forças de forma temperada. Então, a teoria da separação dos poderes pode ser definida como o equilíbrio mútuo entre os três poderes do governo, Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que a mesma pessoa não poderia exercer dois destes poderes, sob pena de arruinar o sistema. Nesta teoria o poder seria limitado pelo poder, resolvendo, assim, o problema dos abusos. A convivência destes três poderes respeitando o sistema de freios e contrapesos poderia causar uma inação, que é afastada pela crença do movimento



Outra característica essencial do Estado Liberal é a preocupação com a proteção da liberdade do indivíduo através da garantia de direitos individuais e políticos do cidadão em relação ao Estado, detentor do Poder. São os direitos individuais negativos, ou seja, uma forma de proteção do indivíduo ante o poder do Estado.

Trata-se de uma abstenção do Estado para preservação da liberdade dos indivíduos, tão importante nesse momento histórico em que o capitalismo burguês buscava firmar-se através de um Estado de Direito, fundado numa ordem constitucional influenciada pelo liberalismo. E esses direitos individuais, também denominados de direitos da liberdade, são considerados direitos fundamentais de primeira geração.

A luta política do liberalismo dirigiu-se a destruir o absolutismo, tanto retirando do rei o poder pleno, e distribuindo-o através dos poderes “divididos”, como restaurando sob novas formas a velha idéia de que a comunidade representa a verdadeira fonte do poder. Essa idéia era, agora, anexada à concepção do *indivíduo* como ponto de partida. E a noção do *contrato* servia em grande medida para isto: para fundar o poder, a um tempo, sobre a anuência coletiva e sobre a individual. Ou seja, sob o consenso. (SALDANHA, 2000, p. 23).

À Constituição deste Estado Liberal, portanto, cabia essencialmente a formação do Estado e sua organização política bem como a garantia dos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Não se admira que eram instrumentos normativos de pequena extensão em razão de seu conteúdo mínimo.<sup>6</sup>

---

necessário das coisas, forçadas a caminhar de acordo. Assim, o sistema proposto não se refere a uma separação absoluta entre os poderes, até pelas inúmeras passagens da obra que tratam da possibilidade interferência entre de um sobre o outro, mais sim da combinação, da fusão e da ligação dos poderes. A essência da teoria da separação dos poderes pode ser sintetizada na divisão do poder entre o rei, a nobreza e o povo, ou seja, a teoria se refere à divisão e equilíbrio de poderes. Para MONTESQUIEU (1997), porém, o equilíbrio de poderes sociais, como condição da liberdade, era possível somente nos governos moderados, e esses governos somente podiam ser moderados quando o sistema de freios e contrapesos funcionasse adequadamente para controlar o poder.

<sup>6</sup> Nesse momento destaca-se a separação do Direito em Público e Privado, no qual o primeiro estaria representado na Constituição, sendo a relação dos particulares com o Estado, e o segundo regularia a relação entre os particulares, não devendo fazer parte do corpo constitucional, tampouco receber intervenção estatal. Assim, foram elaborados “Códigos”, como o Código de Napoleão e o Código Civil

A brevidade dos seus textos normativos impressiona, mas talvez haja para isso uma razão plausível. [...] a brevidade das Constituições liberais deriva sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. [...] À Constituição cabia tão somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade. (BONAVIDES, 1996, p. 203/204).

Não se pode deixar de destacar que havia nas Constituições liberais uma forte preocupação com a garantia dos direitos fundamentais previstos em seu corpo normativo, de forma que não fossem frágeis e sujeitos às constantes alterações do poder. Conforme destaca BONAVIDES, essas primeiras Constituições, resultantes das reflexões racionalistas acerca de um modelo lógico de organização da sociedade eram essencialmente rígidas, pois traduziam um sentimento de profunda e inevitável desconfiança do poder, clássica do liberalismo. E, como consequência, a Constituição exteriorizou-se em um instrumento escrito, adquirindo aspecto formal. (BONAVIDES, 1996).

A Constituição Liberal, imbuída de características como conteúdo mínimo não intervencionista e formalismo e rigidez jurídica como meios de garantia das liberdades individuais deu origem à Teoria Formal da Constituição “tem como principal característica o entendimento da Carta Magna apenas como norma ou estatuto jurídico de garantia, não a reconhecendo enquanto instrumento político de consecução dos interesses de uma classe dominante em determinado período histórico” (LOIS, 2001).

---

brasileiro de 1916. “O Código Civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas codificações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro [...]. Aquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, [...]. Eis a filosofia do século XIX. [...]. Afirmava-se significativamente [...] que o Código Civil brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado” (TEPEDINO, 2004, p. 2)

Fundamenta-se no positivismo<sup>7</sup> jurídico estatal, de feição formalista, que reduz as reflexões sobre a Constituição a uma classificação legalista. Desta forma, concebe-se Constituição como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos, de forma neutra e apolítica. (BONAVIDES, 1996).

O elemento de legitimação das Constituições concebidas em sentido formal é o respeito à forma estabelecida para sua elaboração, não importando a espécie de conteúdo que será incluído no corpo constitucional. (BONAVIDES, 1996) Qualquer assunto pode ser matéria constitucional, desde que aprovado da forma legítima.

A visão formalista da Constituição somente admitia a interpretação como operação de subsunção do fato à norma, não sendo admitido ao intérprete ir além do expressamente positivado. Qualquer modificação no conteúdo da Constituição somente poderia acontecer através de reforma constitucional, observados os preceitos formais para tanto, realçando desta forma o seu aspecto estático e rígido. (BONAVIDES, 1996).

Mesmo que não exista uma correspondência direta entre o Estado Liberal e as Constituições Formais, é possível verificar que existem pontos de congruência, tanto que é possível afirmar, como o fez BONAVIDES, que “as Constituições por excelência do positivismo foram as Constituições do constitucionalismo e da idade liberal do século XIX”. (BONAVIDES, 1996, p. 149).

---

<sup>7</sup> Um dos representantes do positivismo é HANS Kelsen (1979), em sua obra Teoria Pura do Direito, na qual procurou ao extremo apartar o ser, a realidade fática, do dever ser, as normas jurídicas, para que fosse possível o estudo puro das normas jurídicas, no âmbito da validade. A pureza é o princípio metodológico fundamental da sua Teoria do Direito, que possui como objeto de estudo o Direito Positivo como saber autônomo e auto-suficiente, buscando expurgar a ciência do direito de todos os elementos estranhos. (Kelsen, 1979). Na parte de sua teoria dedicada ao estudo do Direito e do Estado, Kelsen faz uma correspondência entre estes, afirmando que o Estado é a própria ordem jurídica posta. E, com base nisso, é possível se afirmar que a Constituição dos Estados tem importância primordial, pois é a norma superior que funda a sua organização interna, e é através da conformidade com o procedimento estabelecido na Constituição que as demais normas do ordenamento, hierarquicamente inferiores, são válidas. O controle de constitucionalidade das leis, nesse contexto, é formal, pois basta que a norma produzida esteja em conformidade com o previsto na Constituição. A interpretação das normas constitucionais, conforme Kelsen, é de subsunção dos fatos à “moldura” apresentada pelas normas jurídicas.

O Estado liberal buscou amparar a liberdade formal, não preocupada com a existência real de igualdade para seu o exercício. Esta liberdade estaria suficientemente assegurada através de uma Constituição válida do Estado de Direito, reguladora dos limites de atuação estatal, especialmente em relação aos indivíduos, e que não deveria intervir na autonomia da vontade destes.

A igualdade [...] não operou significativa modificação na real situação social da maioria dos indivíduos, eis que a sua substância consistiu, basicamente, no estabelecimento de uma compreensão de justiça pautada pela regra de impessoalidade de tratamento. Daí o princípio, de caráter formal, de igualdade de todos perante a lei. (SILVA, 1998, p. 19).

O Estado liberal e a concepção formal da Constituição, no entanto, esvaziaram a importância do conteúdo das normas constitucionais como garantidoras de direito. A desvinculação da Constituição com a realidade vivida, e a liberdade formal do Estado Liberal, com conteúdo mínimo não eram mais suficientes para uma realidade social emergente.

A sociedade transformou-se, e aos poucos exigiu uma resposta do próprio Estado, já que a liberdade, tal como concebida, não era suficiente para desintegrar as desigualdades. Com a evolução social, foi necessária uma revisão não somente do conceito de Constituição, mas da concepção do Estado de Direito como um todo, a fim de alcançar os anseios da sociedade.

### 1.1.3. Estado Social e Constitucionalismo Material

Uma das mudanças de perfil ocorrida no Estado de Direito, transformando-o de Estado Liberal para Estado Social foi o intervencionismo nas relações econômicas, de trabalho, na educação e na própria formação da família. O Estado Social não

garante somente os direitos individuais e políticos, mas também novos direitos sociais e econômicos.

A nova concepção [...] investe contra o outrora desmedido princípio da autonomia da vontade, ora prevendo deveres sociais, ora delimitando o exercício de direitos individuais. Emprego, educação, moradia e saúde passam a ser tão básicos que não se podem mais abandonar ao mecanismo do livre mercado. [...]. O intervencionismo estatal é a resposta da burguesia ao caos socioeconômico decorrente do regime de mercado. (SILVA, 1998, p. 39).

A Constituição é o grande instrumento para a catalisação destas mudanças. As garantias constitucionais aos cidadãos aumentaram e mudaram de patamar, não se limitam mais a direitos negativos, mas a direitos positivos, ou seja, uma intervenção do Estado na sociedade, proporcionando maior liberdade através da igualdade.

Além disso, as Constituições avocaram para si a tarefa de regular as instituições fundamentais do direito tradicionalmente pertencentes ao Direito Privado, como propriedade, família e contratos, gerando o fenômeno da “crise do Direito Civil” ou “Constitucionalização do Direito Civil” (SZANIAWSKI, 1998) <sup>8</sup> Há uma aproximação entre Estado e Sociedade, do público e do privado.

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. (TEPEDINO, 2004, p. 07).

---

<sup>8</sup> Essa mudança interventiva do Estado com alteração do conteúdo das Constituições refletiu também na separação do direito público e privado. “verificou-se que o sistema jurídico desenvolvido pelo Direito Civil clássico não respondia mais aos anseios sociais nem às necessidades do homem. Deste modo, deixou o Direito civil de ser o ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, vindo a ocupar o seu lugar na Constituição, que passou a ditar princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais.” (SZANIAWSKI, 1998, p. 21). Aliada a este fenômeno está a difusão de leis extraordinárias, com princípios diferenciados do Código, para regular situações excepcionais no qual a intervenção nas relações privadas se fez necessária, diminuindo a força dos Códigos como instrumentos reguladores de todo direito civil. “Pode-se registrar uma segunda fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas” (TEPEDINO, 2004, p. 4-5) . Sobre o assunto, ainda, recomenda-se a leitura do seguinte texto: DIAS, Joaquim José de Barros. Direito Civil Constitucional. In LOTUFO, Renan (org). Direito Civil Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002.

Por outro lado, transita-se para uma segunda geração de direitos fundamentais, que não correspondem somente a uma abstenção do Estado, mas a uma prestação positiva a fim de garantir a igualdade de condições para todos os membros da sociedade.

Nesse contexto de mudanças, avulta-se a preocupação sobre a correspondência do conteúdo das Constituições a valores mínimos. E assim prepara-se o terreno para o uma mudança também na Teoria da Constituição.

A partir do inconformismo em aceitar que para a existência de uma Constituição sejam necessários apenas os requisitos formais, sem a preocupação com o conteúdo deste instrumento normativo superior, surge a Teoria Material da Constituição. A Constituição não poderia ser vista somente como um instrumento jurídico-formal, mas deve-se destacar a importância política do seu conteúdo. (LOIS, 2001).

O excesso de formalismo, antes necessário como meio de garantia a proteção do indivíduo contra o absolutismo, a tornou instrumento vulnerável a qualquer conteúdo, desde que seguidas as formalidades para elaboração. Muitas vezes, não correspondia à realidade que a circundava, se tornado sem efeito, mera folha de papel.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> A primeira grande crítica à concepção formal de Constituição veio de Ferdinand LASSALE (1998), em sua obra *O que é uma Constituição*. Mesmo que não se possa afirmar que LASSALE (1998) foi o precursor da Teoria Material da Constituição (LOIS, 2001), não há como não destacar a importância de suas idéias para a formação desta teoria. Para LASSALE (1998) a Constituição, Lei Fundamental de um país, deve emanar uma força ativa que deve corresponder à soma dos fatores reais do poder de uma nação (LASSALE, 1998). Estes fatores são o conjunto de forças econômicas, políticas, ideológicas que conforma a realidade de um determinado Estado. Caso contrário, a Constituição não passa de uma folha de papel (LASSALE, 1998). Assim, para garantir a sua correspondência a esses fatores reais, a Constituição deve preocupar-se com problemas que não são de direito, mas sim de poder: “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as Constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.” (LASSALE, 1998, p. 67).

“A concepção material de Constituição representa no século XX uma corrente de pensamento crítico e revisor, a cujo leito confluem todas aquelas direções<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Alguns autores destacam-se no estudo da concepção material de Constituição, de forma que merecem ser rapidamente mencionados. São chamados de constitucionalistas de Weimar, em referência à Constituição da República de Weimar destacada da Alemanha de 1919, e fazem parte da primeira geração da Teoria Material da Constituição. (LOIS, 2001); Carl SCHMITT (1992) e sua teoria decisionista, o integracionismo de Rudolf SMEND (1985) e a teoria sociologista de Hermann HELLER (1998). Para SCHMITT (1968), a questão da legitimidade de uma Constituição não está ligada ao tramite segundo leis vigentes, ou procedimentos formais, mas sim à legitimidade democrática, que deriva de uma decisão prévia do povo. “A legitimidade democrática se apóia no pensamento de que o Estado é a unidade política de um Povo. [...] Estado é o status político de um Povo. [...] A vontade constituinte do povo não está vinculada a nenhum determinado procedimento. [...] Desta maneira, pode adjudicar-se às mais distintas Constituições o caráter da legitimidade democrática, desde que se baseiem no poder constituinte do povo, presente sempre, inclusive quando somente atua de forma tácita.” (SCHMITT, 1992, p. 106-107). Assim, a Constituição é legítima se de acordo com a decisão política de um determinado povo em determinado momento histórico. Em relação à Teoria de sociologista de HELLER (1998), exposta em sua obra Teoria do Estado, destaca-se que a Constituição de um Estado é formada pela interação da normatividade com a normalidade. A normalidade representa o ser, a conduta dos membros de uma sociedade, através de uma análise empírica. “A normalidade de uma conduta consiste na sua concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo. Todas as ordenações sociais que tem validade real consistem em certas esperanças dos membros baseadas no seguinte princípio: pelo fato de tal homem ou grupo em tais circunstâncias, de maneira constante e com regularidade, terem-se comportado, em geral, de tal modo, pode-se esperar e contar que, apesar das exceções que a regra pode ter, se comportarão também assim, sob as mesmas circunstâncias, no futuro.” (HELLER, 1998, p. 297) O autor destaca que a normalidade é somente uma parcela da Constituição de um Estado. Deve estar sempre reforçada e completada pela normatividade – ao lado dessa regra empírica de previsão deve aparecer uma norma valorativa de juízo. “A idéia de normatividade, isto é, da exemplaridade ou obrigatoriedade de um agir concorde com determinados critérios positivos de valor, apresenta para a Constituição do Estado a imensa importância de que não só eleva consideravelmente a probabilidade de atuação conforme a Constituição por parte dos membros atuais ou futuros, mas que é ela só quem, em muitos casos, a torna possível.” (HELLER, 1998, p. 298) O problema então a ser destacado é a relação entre normalidade e normatividade na Constituição Estatal. Se por um lado, a Constituição não pode chegar a ponto de ser normatividade pura, sem a normalidade, como aceitou Kelsen ao desvincular o dever ser do ser, também não pode estar sujeita somente à normalidade, como poderia acontecer através do decisionismo de Carl Schmitt. (HELLER, 1998, p. 299). A fim de facilitar essa relação entre a normalidade e normatividade, muitas vezes no texto constitucional existem princípios sem a apresentação de seu conteúdo direto, deixando ao intérprete a possibilidade de se concentrar no momento da resolução do caso concreto em conformidade com a legitimação da sociedade, reconhecendo duas coisas desta forma: “primeira, a necessidade que se acha a normatividade jurídica de ser complementada por uma normalidade social a que se dá valor de maneira positiva.; e segunda, a incapacidade em que se encontra para estabelecer, de uma vez para sempre, o conteúdo, historicamente mutável na maioria dos casos, das normas sociais que complementam às jurídicas.” (HELLER, 1998, p. 303/304) Há então uma complementação da normatividade com a normalidade, e não uma sobreposição da normalidade sobre a normatividade. Desta maneira, os princípios jurídicos esculpados na Constituição são capazes de desempenhar uma função perpétua, garantindo determinada segurança jurídica, em razão de uma previsibilidade maior da conduta social, o que não ocorreria se somente a normalidade fosse a determinante das condutas. Por outro lado, a normatividade de uma Constituição também influencia diretamente na normalidade. A criação do direito demonstra o que se quer impor através do poder seu poder. Destaca HELLER (1998, p. 305) que “toda criação de normas é, por isso e antes de tudo, um propósito de produzir, mediante uma normatividade criada conscientemente, uma normalidade da conduta concorde com ela.” Finalmente, merece destaque a compreensão de que não existem lacunas na ordem constitucional, pois se não existir a previsão da normatividade constitucional, haverá na normalidade constitucional, já que ambas formam a Constituição total do Estado, e considerando-se a unidade constitucional. E Rudolf SMEND (1985), em sua obra Constituição e Direito Constitucional, afirma que “a Constituição é a ordenação jurídica do estado, ou

inconformadas com o exclusivismo normativo e formalista do positivismo lógico”.(BONAVIDES, 1996, p. 82). Assim, para a legitimidade da Constituição não estaria mais ligada somente à forma na qual foi elaborada, mas especialmente na correspondência de seu conteúdo com os anseios do povo que a originou.

O formalismo exagerado cede lugar a uma busca pela correspondência entre a matéria e conteúdo das Constituições. Assim, para que a Constituição possa ser reconhecida como consciência da sociedade, torna-se essencial “fixar-lhe o sentido, o fim, os princípios políticos, as teses ideológicas que a animavam, a realidade social íntima, verdadeira, substancial que ela exprimia, enfim, aquele conjunto de valores, idéias e fatos sempre inafastáveis, na sua dimensão histórica e vital”. (BONAVIDES, 1996, p. 82).

O perigo de se buscar de forma exagerada a correspondência entre a Constituição e a realidade social é o enfraquecimento desta enquanto norma jurídica determinante de conduta humana, deixando-a sujeita a qualquer mudança social, não podendo sequer garantir os seus preceitos fundamentais.

Disso também poderia advir o dano oposto, ou seja, uma visão puramente ideológica e política da Constituição, dissolvendo ou debilitando-lhe as bases jurídicas. Se o excesso de formalismo pusera em perigo as Constituições, reduzindo-as a desprezíveis folhas de papel, a alternativa material, exagerada ao extremo, conduzida às suas últimas conseqüências, não se forrava a menores riscos. Abalando a *juridicidade* das Constituições, sujeitas em questões de observância de direitos fundamentais a invocações de ordem e segurança,

---

melhor, dizendo, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, ou seja, o seu processo de integração.” (SMEND, 1985, p. 132). Desta forma, para que tenha uma vigência efetiva na vida política, a Constituição deve considerar os impulsos e motivações sociais da dinâmica política, promovendo a integração de toda comunidade jurídica. “A integração política, considerada então, como processo global, dá-se através de três processos distintos, que incluem três grupos de integração: pessoal, funcional e material. O processo de integração pessoal corresponde à função criadora dos chefes de Estado, líderes, elites, entre outros. A integração funcional se dá através das eleições e votações, pois atualizam e desenvolvem processos no Estado. Há a integração material converte o Estado em realidade ao convertê-lo em substância. Esses três sistemas de integração formam o caráter material da Constituição, à qual cabe prioritariamente fixar a garantia de existência e desenvolvimento do Estado.” (LOIS, 2001, p. 129) Outra questão que merece destaque da teoria integracionista de SMEND (1985) está relacionada com a interpretação dos direitos fundamentais formulados na Constituição, que devem servir de amparo ou suporte valorativo e cultural do povo para que funcione o sistema de integração.



hierarquizadas numa escala ideológica, aquela alternativa sacrificava valores clássicos do constitucionalismo, que uma concepção mais humana de direito havia já universalizado. (BONAVIDES, 1996, p. 82).

A busca pelo equilíbrio da Constituição como instrumento normativo superior interligado à realidade que o circunda foi o pilar para um segundo momento dentro da teoria material, a Nova Hermenêutica<sup>11</sup>. Resgatou-se o seu papel normatizador, enfraquecido com a preponderância do poder sobre a Constituição.

O ponto essencial para apuração da força normativa da Constituição é a análise da relação entre esta e os fatores reais de poder. Mesmo reconhecendo possibilidade de influência dos fatores reais sobre o texto constitucional, deve haver uma força ativa na Constituição, capaz de orientar condutas de acordo com a ordem nela estabelecida.

O texto constitucional deve estar de acordo com a realidade social, mas deve ser

---

<sup>11</sup> São indicados como autores da Nova Hermenêutica Konrad HESSE (1983), Friedrich MULLER (1999) e Peter HABERLE (1997), no entanto, para este estudo específico, basta a compreensão da força normativa da Constituição teorizada por Konrad HESSE (1983). A teoria de HABERLE (1997) enfoca a questão dos intérpretes constitucionais, defendendo que a Constituição é um processo aberto e dinâmico, no qual participam da interpretação da norma constitucional não somente os intérpretes tradicionais, normalmente os juizes, mas também toda a sociedade, uma vez que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. Isso por que a interpretação constitucional diz respeito à todos. “a interpretação constitucional é uma realidade, mais um elemento da sociedade aberta” (HABERLE, 1997, p. 13) Assim, a interpretação da Constituição é um processo aberto e público, que se refere à Constituição como realidade constituída e “publicização” (verfassten Wirklichkeit und Öffentlichkeit). Há uma orientação do intérprete pela teoria e pela prática, sendo esta última não formada unicamente pelos intérpretes oficiais. Desta forma, destaca o autor que “Constituição, nesse sentido, é um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma força diretiva iminente.” (HABERLE, 1997 p. 34) Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detém eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HABERLE, 1997, p. 15) “A hermenêutica constitucional contemporânea, diante da nova metodologia concretista, poderia resumir-se, do ponto de vista daqueles que tomam parte na operação interpretativa, como uma passagem da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição a uma interpretação constitucional por via da sociedade aberta e a ela destinada. [...] A interpretação concretista, por sua flexibilidade, pluralismo e abertura, mantém escancaradas as janelas para o futuro e para as mudanças mediante as quais Constituição se conserva estável na rota do progresso e das transformações incoercíveis, sem padecer abalos estruturais, como os decorrentes de uma ação revolucionária atualizadora.” (BONAVIDES, 1996, p. 468) E a teoria de MULLER propõe uma metódica estruturante para interpretação constitucional, “desenvolvida com base no e com vistas ao direito constitucional [...]. A denominação metódica estruturante analisa as questões da implementação interpretante e concretizante das normas e situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma. (MULLER, 1999, p. 50)

estável a ponto de não ser livremente alterado ao sabor das modificações sociais, a fim de que possua uma força ativa reguladora. (HESSE, 1983).

A força ativa da Constituição deve ser suficiente para impor a vontade da Constituição. Assim, um texto normativo não somente regula o presente, mas também é capaz de construir o futuro com base na imposição de tarefas pela vontade da Constituição, que podem se contrapor à vontade do poder. Esta vontade da Constituição se origina da compreensão da necessidade e valor de uma ordem normativa inquebrável, superior à simples ordem legitimada pelos fatos e que seja eficaz com a vontade humana, condicionante desta. (HESSE, 1983) A Constituição deve ter um efeito estabilizador e racionalizador. (HESSE, 1983).

Para tanto, é necessário que a vontade Constituição se faça presente na consciência geral, especialmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional. Porém isso somente é possível se o texto constitucional estiver em conformidade com a realidade social, sob pena da Constituição ser considerada uma *folha de papel* no sentido que lhe empregou LASSALLE. (HESSE, 1983).

Para que a Constituição desenvolva de forma ótima a sua força normativa, são necessários alguns pressupostos, referentes tanto ao conteúdo da Constituição quanto à práxis constitucional. Desta maneira, quanto mais o conteúdo da Constituição corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa. Porém, para que a Constituição possa se adaptar a uma eventual mudança, suas normas devem ser representadas por princípios fundamentais, cujo conteúdo específico mostre condições de ser desenvolvido em cada momento. De outra forma, haveria a necessidade de constante revisão. (HESSE, 1983).

A reforma do texto constitucional, através de emendas, não parece ser a melhor opção, pois enfraquece o texto constitucional, deixando-o a sabor das mudanças sociais. Assim, a Constituição não estaria apta a impor comportamentos, ante a sua fragilidade. (HESSE, 1983). Surge então a opção da mutação constitucional através da interpretação.

Enquanto que a mudança constitucional ocorre através da reforma (emenda ou revisão), ou até mesmo instalação de uma nova ordem, a mutação ocorre com a adaptação da Constituição à realidade atual, sem alteração do texto original da mesma. Trata-se [...] de uma forma de amoldar o texto à realidade, respeitando as transformações sociais, sem, contudo, interferir na forma normativa da Constituição, e isso somente se dá quando prevalece a “vontade constitucional”. (MEDEIROS, 2000, p. 82).

BONAVIDES (1996) destaca que interpretar a Constituição normativa é muito mais do que lhe fazer claro o sentido: é sobretudo atualizá-la. Da mesma forma, FERRAZ (1993, p. 17) deixa claro que “mutação constitucional é todo e qualquer processo que, sem modificar a letra constitucional, altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem alterá-la”. E continua, afirmando que:

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes:

- a) quanto há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-lhe assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades;
- b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional, visando à integração e efetiva aplicação da norma em momento diverso daquele em que ela foi estabelecida;
- c) quando se modifica interpretação constitucional anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional;
- d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição;
- e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional;
- f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional. (FERRAZ, 1993, p. 20-21).

Para tanto, é necessária a concepção de Constituição aberta, com conteúdo mínimo.

A Constituição deve, ainda, ter uma característica fundamental: ser aberta, ou até mesmo incompleta, para permitir a sua constante atualização, evitando, assim, a revisão freqüente. A abertura encerra a sua concepção material de Constituição, em oposição à tradicional idéia de precisão. (LOIS, 2001).

A abertura constitucional torna possível a resolução das múltiplas situações críticas em que há alteração com o tempo. (HESSE, 1983).

Somada à necessidade de um conteúdo mínimo como pressuposto para que se desenvolva a força normativa da Constituição, deve-se atentar para a práxis, de forma que todos os participantes da vida constitucional partilhem da vontade de Constituição. O respeito à Constituição será perceptível na disponibilidade em sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional.(HESSE, 1983).

Desta forma, a Constituição resgata a sua juridicidade, sem perder a eficácia de seu conteúdo. O grande desafio encontra-se em buscar o equilíbrio entre a força normativa da Constituição como fator determinante das condutas humanas e a atualidade do seu texto ante as constantes mudanças, de forma a manter a capacidade de impor comportamentos sociais sem desligar-se da realidade vivenciada em cada momento.

## 1.2 A Constituição Normativa

A concepção atual de Constituição aberta acarreta na necessidade de estudo das normas que compõem o corpo da Constituição, já que o sistema jurídico do Estado de direito democrático é um sistema aberto de regras e princípios, no dizer de CANOTILHO (1999). É um sistema jurídico porque formado por normas; aberto, pois as normas constitucionais são capazes de se adaptar as mudanças da realidade, em

especiais dos conceitos de verdade e justiça; normativo, visto que a estruturação se baseia em espécies normativas; e, finalmente, de regras e princípios, pois as normas constitucionais podem se revelar das duas formas. (CANOTILHO, 1995).

### 1.2.1 A Abertura Constitucional

A Constituição em sentido normativo deve ser composta por um conjunto de normas jurídicas codificadas em um texto ou cristalizadas em costumes, proeminentes às demais regras, pois são portadoras de conteúdos que possuem valores específicos superiores atribuídos pela comunidade. (CANOTILHO, 1995).

Conforme J.J. GOMES CANOTILHO, o conjunto de valores constitucionais.

(1) deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo); (2) esse corpo de regras vinculativas do corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder.(CANOTILHO, 1995, p. 1094).

Não basta a existência de um documento encartado com regras jurídicas formalmente elevadas a um grau superior para que exista uma Constituição; “estas regras têm que transportar ‘momentos axiológicos’ corporizados em normas e princípios dotados de bondade material (garantia de direitos e liberdades, separação de poderes, controle do poder, governo representativo)” (CANOTILHO, 1995, p 1095), que são os elementos necessários para distinguir as Constituições verdadeiramente normativas das Constituições semânticas, ou de fachada.

O *corpus* constitucional, como denomina CANOTILHO, é aberto a outras regras não escritas, derivadas de uma formação/institucionalização consuetudinária ou da interpretação constitucional. Isso torna a Constituição não somente um “direito nos livros”, mas em um direito constitucional não escrito, “direito vivo” ou “direito em ação”, que completa, vivifica e desenvolve o direito constitucional escrito. Este direito não escrito fundamenta-se e limita-se no texto escrito, completando o sentido material de Constituição. (CANOTILHO, 1995). Assim, é possível a compreensão de que as Constituições não são sistemas fechados, e estão abertas à evolução e desenvolvimento.

Entende-se por Constituição material [...] o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo (sic) da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva(sic)), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva (sic)) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, em algumas vezes para além da própria Constituição escrita. (CANOTILHO, 1995, p. 1104).

Outro elemento essencial para a caracterização da Constituição normativa é a sua identificação como lei ou norma fundamental da ordem jurídica capaz de trazer unidade e coerência interna. Deve-se destacar que a ordem jurídica não é formada somente pelas normas produzidas pelo Estado, mas também por outras fontes (CANOTILHO, 1995).

As instituições, tomadas como modelo de ação ou padrão de comportamento, ou como espaço de ligação do indivíduo com outras pessoas, ou ainda como estrutura de socialização e estabilização dos padrões de conduta e forma de comportamento, são protegidas pela Constituição. No entanto, isso não quer dizer que não estejam sujeitas a mudanças de comportamento, nem que estão imunes da regulação do Estado. (CANOTILHO, 1995). Tem-se como exemplo de instituição a Família: está

amparada pelo ordenamento, mas sujeita a sua interpretação de acordo com o comportamento social.

Não se pode perder de vista que a Constituição, como instrumento normativo superior, deve vincular as normas inferiores, e deve ser dotada de efetividade e aplicabilidade. Aliada ao seu caráter aberto, implica na necessidade de mediação criadora e concretizadora do intérprete no momento da aplicação. (CANOTILHO, 1995). Dessa forma, é essencial a compreensão da estrutura das normas constitucionais e de sua interpretação para uma exata aplicação e efetivação da força normativa constitucional.

### 1.2.2 Normas: Regras e Princípios

As normas contidas no corpo constitucional podem distinguir-se entre regras e princípios<sup>12</sup>. Vários são os critérios que podem ser utilizados, entre eles o grau de abstração – os princípios possuem maior grau de abstração, o grau de determinabilidade no caso concreto – os princípios precisam de mediação aplicadora enquanto as regras podem ser aplicadas diretamente, o caráter de fundamentalidade –

---

<sup>12</sup> A respeito da distinção entre regras e princípios podemos citar a contribuição de diversos autores, porém, por uma questão metodológica, foi adotada a distinção feita por J.J. GOMES CANOTILHO (1999) em razão de sua concepção de Constituição como sistema aberto de regras e princípios, com efetivo destaque na força normativa da Constituição. Destacam-se, no entanto, o estudo feito por outros autores que não serão objeto de estudo aprofundado nesse momento, como a obra de Robert ALEXY (1986), Teoria dos Direitos Fundamentais, segundo o qual as normas de direito fundamentais são divididas em regras e princípios. As regras são normas que podem ser cumpridas ou não, pois elas possuem determinações no âmbito do juridicamente possível. Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais. São mandatos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus, conforme as possibilidades jurídicas e reais. (ALEXY, 1986). De qualquer forma, apesar dessa diferenciação, é possível que uma norma de direito fundamental tenha caráter duplo, seja regra e princípio. (ALEXY, 1986). Ainda, não se pode deixar de mencionar a teoria de Ronald DWORKIN em sua obra Levando os direitos a sério (2002), na qual as regras são aplicáveis na forma de tudo ou nada, enquanto que os princípios jurídicos “mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automaticamente e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam”. O conflito entre regras se dá no campo da validade, pois somente uma regra pode prevalecer, sob pena de antinomia. “Se duas regras entrarem em conflito, uma delas não pode ser considerada válida. A decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada fica sujeita a considerações exteriores às próprias regras”.

os princípios são normas com papel fundamental no ordenamento devido a sua posição hierárquica ou importância estruturante, ou a proximidade da idéia de direito ou justiça, ou ainda, a natureza normogénica dos princípios, como fundamentos das regras. (CANOTILHO, 1995).

Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. [...] Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas (sic) e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a optimização (sic) de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fáctica (sic) ou jurídica. (CANOTILHO, 1995, p. 1215) :

Sugere referido autor que o sistema constitucional deve ser um sistema aberto de normas e princípios, capaz de conferir, por um lado, segurança jurídica, e por outro, a operacionalidade prática. A importância do sistema constitucional como sistema aberto de regras e princípios está na possibilidade de legitimação e de respiração do sistema através da textura aberta dos princípios, uma vez que os princípios consagram valores fundamentadores da ordem jurídica, como liberdade, democracia e dignidade, e de possuírem capacidade deontológica de justificação por possuírem referências sociológicas. (CANOTILHO, 1995).

### 1.2.3 Tipologia de normas

Os princípios podem apresentar-se em quatro categorias: a) princípios jurídicos fundamentais; b) princípios políticos constitucionalmente conformadores; c) princípios constitucionais impositivos; e d) princípios-garantia. (CANOTILHO, 1995).



Os princípios jurídicos fundamentais são histórica e progressivamente inseridos na consciência jurídica, mesmo que não se encontrem de forma expressa no texto constitucional, e são fonte imprescindível para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito. Tais princípios têm uma “função negativa”, especialmente no que se refere aos “casos limites” (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e Ditadura) e “função positiva”, de forma a informar positivamente os atos dos poderes públicos, fornecendo diretrizes interpretativas e legislativas. (CANOTILHO, 1995).

Os princípios políticos constitucionalmente conformadores, por sua vez, são aqueles que condensam as opções políticas fundamentais do constituinte, sendo considerados como o “cerne político de uma Constituição política” (CANOTILHO, 1995).

Os princípios constitucionais impositivos impõem aos órgãos do Estado, notadamente ao legislador, o cumprimento e execução dos fins e tarefas do Estado. São dinâmicos, prospectivamente orientados. (CANOTILHO, 1995).

E os princípios-garantia são aqueles que estabelecem diretamente garantias para os cidadãos. (CANOTILHO, 1995).

A distinção das regras em normas constitucionais organizatórias, como as que regulam a organização do Estado e a ordem de domínio, e normas constitucionais materiais, que se traduzem nos limites e programas da ação estatal diretamente dirigidos aos cidadãos, é ultrapassada pois considera somente uma espécie dotada de caráter material, e portanto a parte de organização do poder inserta na Constituição seria despida de qualquer caráter fundamental, levando-se a uma ordenação infraconstitucional. Desta forma, destaca-se, através dessa divisão, a idéia de separação Estado-Sociedade, mesmo que forma subjacente. (CANOTILHO, 1995).

Mais adequado, então, é a divisão em regras jurídico-organizatórias, as quais se dividem em regras de competência, regras de criação de órgãos e regras de procedimento; e em regras constitucionais jurídicos-materiais, divididas em regras de direitos fundamentais, regras determinadoras de fins e tarefas do Estado, regras constitucionais impositivas e regras de garantias institucionais. (CANOTILHO, 1995).

As regras de competência são as que atribuem certas tarefas a determinados órgãos, ou são estabelecidas esferas de competência entre esses órgãos. Essas normas também podem comportar conteúdo material relacionado “não só ao dever de garantir a competência constitucionalmente fixada, mas também a própria razão de ser da delimitação de competência” (CANOTILHO, 1995).

As regras de criação de órgãos visam regular a criação ou instituição constitucional de certos órgãos, e estão estritamente ligadas às normas de competência, já que mesma norma é possível à criação e a delimitação de competência. (CANOTILHO, 1995).

Por fim, as regras de procedimento estabelecem normas para as decisões nas quais o procedimento faz parte da formação da vontade política. (CANOTILHO, 1995).

Entre as regras jurídico-materiais, as regras de garantias institucionais têm o fito de proteger as instituições tanto públicas quanto privadas, salvaguardando tais instituições e os cidadãos das ingerências desproporcionais ou coativas. (CANOTILHO, 1995).

As regras determinadoras de fins e tarefas do Estado têm a função de fixar global e abstratamente os fins e as tarefas do Estado. Essas regras devem sempre ser associadas aos princípios constitucionais impositivos. (CANOTILHO, 1995).

As regras constitucionais impositivas estão estreitamente relacionadas com as regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e com os princípios constitucionais impositivos. Em sentido amplo são aquelas que determinam tarefas e diretivas materiais ao Estado; em sentido restrito, assumem caráter de imposições constitucionais de forma permanente e concreta, podendo ser imposições legiferantes e ordens de legislar. (CANOTILHO, 1995).

As regras de direitos fundamentais são as destinadas ao reconhecimento, garantia ou conformação de direitos fundamentais.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> A questão dos Direitos Fundamentais está diretamente ligada ao Direito Constitucional, desde suas origens. Mesmo as primeiras Constituições liberais já tratavam desses direitos, como uma forma de limitação do poder estatal em frente ao indivíduo, como já mencionado. Deve-se, no entanto, buscar um consenso no que seriam os direitos humanos, pois muitas vezes são usados como sinônimos à direitos fundamentais as expressões direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais entre outras. A Constituição Federal de 1988 usa expressões diferenciadas, como direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV). (SARLET, 2003). A primeira importante distinção diz respeito à diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. Nesse particular, PEREZ LUÑO (1994) descreve uma certa tendência, não absoluta, em se designar direitos fundamentais os direitos humanos positivados internamente, enquanto a expressão direitos fundamentais é mais usual no plano das declarações e convenções internacionais. Ainda, pode diferenciar-se “direitos humanos” no sentido de “direitos naturais”, ou seja, ainda não positivados, de “direitos humanos” no sentido de direitos positivados na esfera internacional, e de “direitos fundamentais”, positivados na esfera interna do ordenamento jurídico. (SARLET, 2003) Desta forma, o critério mais adequado para distinção destas categorias é o da concretização positiva. Em relação ao conteúdos destes direitos, não há uma identidade necessária entre o rol dos “direitos do homem”, “direitos humanos” (em nível internacional) e “direitos fundamentais”. Inobstante a essas considerações, PEREZ LUÑO (1994) propõe uma definição ampla de direitos humanos, abrangendo as categorias acima delimitadas, afirmando que “os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (PEREZ LUÑO, 1994, p. 48). E os direitos fundamentais então estariam diretamente relacionados à Constituição, ordenamento interno. Conforme SARLET (2003, p. 38), “os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados”. Em razão de sua estreita relação com as Constituições, os direitos fundamentais costumam ser ordenados conforme gerações ou dimensões. A palavra dimensões parece mais adequada do que gerações pois, mesmo que o rol dos direitos fundamentais tenha progressivamente aumentado com o tempo, não houve a substituição entre eles, mas sim uma complementação. Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão ligados ao pensamento liberal, predominante nas primeiras Constituições. A sua principal característica está relacionada com a garantia de liberdade do indivíduo em frente ao Estado, um direito de defesa. São também conhecidos como direitos negativos, pois significavam uma abstenção do Estado de realizar determinadas condutas que podem violar direitos individuais. Os principais direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos individuais à vida, à liberdade, à propriedade e igualdade, bem como os direitos de participação política, como o direito ao voto e à capacidade eletiva. Os direitos fundamentais de segunda dimensão decorrem da evolução do Estado de Direito do Estado Liberal para o Estado Social, ocorrida especialmente no período pós-guerra. São identificados como direitos

#### 1.2.4 Densidade e abertura das normas constitucionais

A abertura das normas constitucionais não se confunde com a abertura da própria Constituição. São níveis diferentes de abertura. A abertura constitucional é horizontal, e significa a incompletude e caráter fragmentário de um texto constitucional. A abertura da norma constitucional implica a compreensão do caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais, sujeitas à mediação concretizadora. (CANOTILHO, 1995).

A densidade das normas constitucionais, por sua vez, está ligada ao grau de generalidade dentre as normas, partindo da mais genérica a mais concretas. Assim,

---

econômicos e sociais. “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim liberdade por intermédio do Estado. [...] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.” (SARLET, 2003, p. 52). Os direitos fundamentais de terceira dimensão são os direitos de solidariedade e fraternidade, destinados à proteção do gênero humano como um grupo, transcendendo o indivíduo. A titularidade destes direitos é difusa ou coletiva. Conforme destaca SARLET (2003) os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados são os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Os direitos relacionados ao biodireito ou bioética, como as garantias contra manipulações genéticas, o direito de morrer com dignidade, e o direito de mudança de sexo não fazem parte da terceira dimensão de direitos fundamentais, como preconiza SARLET (2003), mas são na verdade novas facetas do direito da dignidade da pessoa humana, ligados às liberdades e são na realidade categorias dos direitos de primeira dimensão, revitalizados em razão da atualidade. Ainda, há uma vertente doutrinária indicando a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, como BONAVIDES (2001, p. 59) “[...] os professores de ciência política e ciência constitucional já postulam [...] o advento dos direitos de quarta geração. Seriam estes, entre outros, o direito à democracia, cuja dimensão universalizadora nos faz atribuir a sua respectiva titularidade ao gênero humano. Transcende-se, assim, a natureza legitimante do indivíduo, do grupo ou da coletividade nacional (um povo) para colocá-la na razão concreta da humanidade”. Uma das questões essenciais ligadas aos direitos fundamentais diz respeito à sua efetividade. Ainda existem algumas dificuldades de implementação e proteção dos direitos fundamentais, em especial os de segunda e terceira dimensão que exigem uma postura mais ativa do Estado. Porém, é um problema comum aos direitos de todas as dimensões, razão pela qual SARLET (2003) encara com certo ceticismo o reconhecimento de uma nova dimensão antes de conseguir outorgar aos direitos das três primeiras dimensões sua plena eficácia jurídica e social. Alguns autores destacam que as três primeiras dimensões de direitos fundamentais equivalem respectivamente à tríade liberdade (1ª dimensão), igualdade (2ª dimensão) e fraternidade (3ª dimensão), entre eles BONAVIDES (1996) e SARLET (2003). No entanto, destaca SARLET que esta tríade fica incompleta sem a menção ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. “Todavia, tenho para mim que esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o qual [...] se encontra na base da mais variada gama de direitos, ainda que exista alguma controvérsia no que concerne ao grau de vinculação do conteúdo de todos os direitos fundamentais às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”

pode-se afirmar que os princípios estruturantes são densificados por princípios gerais ou especiais, e estes são densificados pelas regras constitucionais. (CANOTILHO, 1995).

A distinção entre as normas constitucionais densas e as normas constitucionais abertas não é tarefa fácil e inflexível. No entanto, é possível indicar que as normas que tratam de assuntos sobre os quais há um consenso geral, ou nos quais há a necessidade de se criar um espaço de conformação política.

A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretizadores; a *densidade*, por sua vez, aponta para maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação (CANOTILHO, 1995, p. 1145).

A existência de normas constitucionais abertas faz com que se torne necessário a mediação concretizadora destas normas, através da interpretação.

### 1.3 Interpretação Constitucional

A Constituição Normativa, nos moldes apresentados anteriormente, precisa de uma correta interpretação para que se possa efetiva de forma correta os preceitos nela contidos, sem perder de vista os anseios sociais. A tarefa de interpretação das normas constitucionais será tanto mais fácil quanto maior for a densidade da norma a ser interpretada. E, torna-se mais complexa em relação às normas abertas, que exigem uma correta interação da vontade da Constituição no momento da concretização.

Para o Direito Constitucional, interpretação tem importância decisiva porque, em vista da abertura e amplitude da Constituição, problemas de interpretação nascem mais frequentemente do que em âmbitos jurídicos cujas normalizações entram mais no detalhe. [...] (HESSE, 1998, p. 54).

Porém, os métodos e limites de interpretação Constitucional sofreram alterações em decorrência da evolução da teoria constitucional e do próprio conceito de Constituição. De uma forma ampla, é possível identificar-se três momentos distintos de interpretação constitucional. (LOIS, 2001).

O primeiro momento da interpretação relaciona-se com a fase liberal das Constituições. Nesse momento, as Constituições eram consideradas instrumentos normativos superiores cuja principal finalidade era a de organizar e dividir os poderes do Estado, e proteger direitos individuais dos cidadãos frente a este poder estatal. Mesmo não sendo possível fazer uma correspondência exata entre as Constituições Liberais e o Constitucionalismo Formal, foi exatamente nesse momento histórico em que se desenvolveu e predominou a concepção formal de Constituição, conforme já exposto anteriormente. (LOIS, 2001).

Possuindo tais características, a Constituição formal comportava a interpretação de seu texto através dos métodos tradicionais ou clássicos de interpretação constitucional, empregados para interpretação da lei em geral, já que a tarefa de interpretação se resumia à subsunção.

Com o surgimento da teoria material da Constituição, a fórmula de interpretação constitucional sobre alterações, já que alterada a própria compreensão de Constituição. A Constituição não era mais vista apenas como sistema normativo sem conexão com a realidade social ao seu redor, “o intérprete estava vinculado à concretude da realidade circundante” (LOIS, 2001).

E posteriormente, sob as luzes da Nova Hermenêutica, são rejeitados os métodos tradicionais de interpretação, “lançando novas luzes sobre o debate constitucional, colocando velhas questões sobre novos aspectos, renovando a teoria

constitucional e ao mesmo tempo, consolidando a Teoria Material da Constituição”.(LOIS, 2001, p. 152).

Desta forma, irá se buscar, em um primeiro momento, apresentar quais são os métodos tradicionais de interpretação utilizados para interpretação da lei em geral, que mesmo não sendo utilizados de forma exclusiva para interpretação constitucional, podem servir para iniciar a interpretação do texto normativo.

Em seguida, será analisado o método de interpretação concretista da Constituição, e os princípios que devem regular essa interpretação.

### 1.3.1 Métodos Clássicos de Interpretação Constitucional

O primeiro momento de interpretação é identificado com os métodos clássicos de interpretação constitucional, que condizem com uma Constituição formal e liberal, garantidora de liberdades e com conteúdo mínimo. É conhecido também como método jurídico, no qual a interpretação da Constituição não se distingue da interpretação da lei. (CANOTILHO, 1995).

A Constituição considerada assim lei ou tomada na sua acepção jurídica predispunha, pois os juristas a interpretá-la como qualquer outra lei, sendo esse estado de ânimo bastante expressivo da profunda e ilimitada confiança depositada na obra racional dos constituintes e nos fundamentos sobre os quais repousava a sociedade.[...] Vivia-se a idade de ouro das Constituições normativas, do formalismo jurídico, profundamente característico do Estado de Direito do século XIX. Por onde veio a resultar em um direito constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico que político, mais técnico que ideológico, mais científico que filosófico. (BONAVIDES, 1996, p. 423).

De uma forma geral, esses métodos reduzem a operação de interpretação a uma operação de subsunção lógica do fato ao texto legal, através da análise dos elementos de interpretação tradicional - gramatical, histórico, teleológico e sistemático.

A interpretação gramatical consiste na simples identificação do conteúdo semântico do texto da norma. É a identificação do sentido de suas palavras, nem mais, nem menos. Deriva do ideal iluminista de uma aplicação mecanicista, de forma que o significado das palavras é tão evidente que o intérprete é capaz de solucionar a questão com uma leitura atenta do dispositivo que interpreta. (BARROSO, 2003).

No entanto, a interpretação de uma norma não é tão simples assim, ainda mais se considerarmos a especialidade do linguajar jurídico, e a diferente utilização da significação das palavras no decorrer do tempo. (USERA, 1988).

Apesar de sua limitação, o elemento literal constitui sempre o ponto de referência obrigatório: é ao texto que primeiro se aproxima o intérprete para encontrar a solução ao problema estabelecido. (USERA, 1988, p. 93)<sup>14</sup>

Esta é, então, a primeira etapa que o intérprete encontrará na sua tarefa. “A interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e deve repousar o intérprete.” (BARROSO, 2003, p. 127)

Todavia, cumpre advertir que o intérprete não deve fixar a sua interpretação unia e exclusivamente no texto da norma sob pena de comprometer a sua real significação, posto que este, na grande maioria das vezes, não acompanha a evolução da sociedade. A exegese decorrente da leitura meramente gramatical da norma, não pode ser considerada como atividade interpretativa de calibre suficiente a fazer prevalecer e excluir qualquer outro tipo de argumentação. (BASTOS, 2002, p. 58)

A interpretação histórica decorre da análise dos precedentes legislativos, debates em plenários, relatórios e discussões das comissões nos trabalhos preparatórios da lei, a fim de se alcançar o sentido da lei em conformidade com o momento histórico vivido, a *occasio legis*.

---

<sup>14</sup> A pesar de su limitación, el elemento literal constituye siempre el punto de referencia obligado: es al texto a lo que primero se aproxima el intérprete para encontrar la solución al problema planteado. (tradução livre da autora)



No entanto, o método histórico não fica restrito apenas à análise do contexto sócio-econômico que circundava a lei no momento de sua elaboração, mas leva em conta também qual seria o intuito da lei frente aos fatos atuais (BASTOS, 2002, p. 60)

Este método interpretativo não deve ser considerado de forma absoluta, com vinculação do intérprete à vontade do legislador. Ao contrário, a vontade da lei torna-se autônoma após a sua publicação. No entanto, não se pode desconsiderar a análise do momento histórico de elaboração do texto para uma maior compreensão do seu alcance.

O grande cuidado que se deve ter com relação a esse método é o risco de enrijecer a Constituição. Como se pretende analisá-la como um instrumento aberto, que deve corresponder à realidade social vivida no momento da interpretação, a vinculação direta com a vontade do constituinte atrapalha essa possibilidade.

Concordamos que interpretar era atualizar a Constituição e, a vontade constituinte transcrita nela; por isso seria contraditório buscar as soluções para nossos problemas normativos no tempo passado. A Constituição e a vontade constituinte se objetivam, enquanto opiniões, idéias e feitos que as deram lugar ficam, cada vez mais, fincadas em um tempo passado. (USERA, 1988, p. 102)<sup>15</sup>

De qualquer forma, é importante destacar a importância da utilização do método histórico, especialmente na seara constitucional.

Sem embargo dessa visão crítica, o elemento histórico desempenha na interpretação constitucional um papel mais destacado que na interpretação das leis. Isso se torna especialmente verdadeiro em relação a Constituições ainda recentes. [...] Aliás, o *Preâmbulo* das Constituições é freqüentemente um esforço de prolongar no tempo o espírito do momento constituinte. [...] Não se trata da vontade individual ou somada dos constituintes, mas, sim, da *vontade social* de que aqueles foram portadores, entendida como síntese de valores, sentimentos e aspirações comuns, traduzidos, no plano normativo, nos princípios constitucionais. (BARROSO, 2003, p. 134)

---

<sup>15</sup> Convinimos en que interpretar era actualizar la Constitución y, por ende, la voluntad constituyente transcrita en ella; por ello sería contradictorio buscar las soluciones a nuestros problemas normativos en el tiempo pasado. La Constitución y la voluntad constituyente se objetivizan, mientras que las opiniones, ideas y hechos que las dieron lugar quedan, cada vez más, ancladas en un tiempo pretérito.

A interpretação sistemática consiste na análise do texto da norma a ser interpretada como um todo, inserido no contexto das demais normas do sistema, de forma a harmonizar-se.

Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente uma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. (BARROSO, 2003, p. 136)

A interpretação sistemática no âmbito constitucional está ligada ao princípio da unidade da Constituição, a ser analisado mais adiante, devendo o seu texto ser considerado como um todo harmônico, e os dispositivos analisados não isoladamente mais como parte deste todo.

A interpretação teleológica procurar revelar o conteúdo da norma, a sua finalidade, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento. (BARROSO, 2003). Busca atender o espírito e a finalidade da norma.

A interpretação teleológica busca a razão da norma, ou a *ratio legis*. Difere-se da interpretação histórica, pois enquanto esta busca a razão do legislador, a teleológica busca a própria razão da lei, o motivo pelo qual se confere proteção a determinado bem jurídico.

[...] *ratio legis* – que constitui o fundamento racional da norma e redefine ao longo do tempo a finalidade nela contida. A *ratio legis* é força vivente móvel, que anima a disposição e a acompanha em toda sua vida e desenvolvimento. A finalidade de uma norma, portanto, não é perene e pode evoluir sem modificação de seu texto. (BARROSO, 2003, p. 139)

### 1.3.2 Interpretação Constitucional como Concretização

Os métodos clássicos acima descritos não são suficientes para a interpretação de uma Constituição de concepção material e aberta. A abertura da Constituição, e de

suas normas, implica na existência de questões constitucionais as quais a Constituição não permite solucionar de forma concludente, onde existem dúvidas. (HESSE, 1983)

O *objetivo da interpretação* pode só limitadamente estar na averiguação de uma “vontade” objetiva ou subjetiva determinada na Constituição. Prescindindo totalmente da duvidosidade desta tese – ela assenta, ao fim e ao cabo, sobre o dogma da vontade no direito, formado na Ciência das Pandectas do séc. XIX e assumido pela Ciência do Direito Estatal daquele tempo, que sozinho não mais possibilita uma compreensão apropriada da Constituição moderna – um tal ponto de partida significa nada mais que um encobrimento da situação de fato real. Porque em casos, para cuja resolução a Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram pontos de apoio mais ou menos numerosos incompletos para decisão. (HESSE, 1998, p. 57)

Porém, a insuficiência dos métodos clássicos de hermenêutica não significa um abandono destes. Os métodos estudados continuam como ponto de partida para a interpretação constitucional, mas são insuficientes para a sua realização, pois é certo que a interpretação de uma norma não constitui somente uma atividade de revelação de um sentido único, objetivo, de um conteúdo preexistente da norma, sem atividade de criação (BARCELLOS, 2003).

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacentes, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada ao problema a ser resolvido. (BARCELLOS, 2003, p. 332)

A interpretação constitucional é concretização. Exatamente nos pontos em que o conteúdo constitucional não é unívoco deve ser determinado com a inclusão da realidade a ser ordenada. A interpretação possui caráter criador, pois o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação, sem, no entanto, desvincular-

se da norma. (HESSE, 1998) Desta forma, o conteúdo da norma somente se torna completo com a sua aplicação efetiva.

Para que se proceda a interpretação, é necessário que o intérprete tenha uma pré-compreensão da norma a ser interpretada, e também um problema concreto para que seja feita a relação entre problema e norma, a fim de determinação do seu conteúdo. Esses dois elementos são essenciais para uma efetiva interpretação: não admite uma interpretação livre dos fatos, com a criação de *tópoi* desvinculado do conteúdo da norma constitucional, ao mesmo tempo em que não reconhece a possibilidade de interpretação desvinculada de problemas concretos.

O método concretista de interpretação gravita ao redor de três elementos básicos: a *norma* que se vai concretizar, a “*compreensão prévia*” do intérprete e o *problema concreto a resolver*. (BONAVIDES, 1996, p. 440)

Assim a interpretação está vinculada a algo estabelecido na Constituição, não podendo contrariá-la. Não há livre escolha dos *topói* em razão do primado da norma: pensa-se o problema a partir do texto constitucional, dentro dos limites impostos pelo próprio texto.

A norma a ser interpretada possui dois elementos básicos: o âmbito normativo e o programa normativo. O programa normativo refere-se essencialmente ao texto a ser concretizado. Deve ser compreendido o seu significado antes da interpretação, e nesse aspecto os métodos de interpretação tradicionais ganham destaque. O âmbito normativo é a realidade dos fatos da vida em concreto a serem ordenados. (HESSE, 1998)

Por isso, os limites da interpretação constitucional estão lá onde não existe estabelecimento obrigatório da Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde uma resolução iria entrar em contradição unívoca com o texto da norma. Estabelecimentos obrigatórios podem, nisso, também estar contidos em Direito Constitucional não-escrito. Como, entretanto, direito não –escrito não deve entrar em contradição com

*a constitutio scripta* [...] é esta um limite insuperável da interpretação constitucional. (HESSE, 1998, p. 69)

O intérprete, na interpretação concretista, irá captar o conteúdo da norma a partir do momento histórico da sociedade, tendo como base os seus pré-juízos e pré-conceitos. O seu papel é a mediação entre o problema apresentado e o texto da Constituição. Na concretização da norma, pode o intérprete utilizar o método tópico, apresentando e contrapondo pontos de vistas divergentes, porém sempre limitado pela norma constitucional, e buscando encontrar a resposta que mais se conforme com os preceitos constitucionais. (HESSE, 1998, p. 70)

Desse modo, parece-nos incontendível que o intérprete procederá à interpretação da norma constitucional para preencher o caso concreto carente de solução normativa, emitindo uma norma de decisão que regula a hipótese fática de modo concreto e vinculado, até então pendente de solução normativa. Tem-se, dessa forma, por meio da interpretação como concretização, ou da utilização do método interpretativo hermenêutico-concretizante, a configuração de um sistema constitucional aberto e integrado à realidade social que visa regulamentar.(FIGUEIREDO, P. 126/127)

O respeito a esses limites interpretativos é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição. Ao intérprete é permitida a mutação constitucional por interpretação, mas não pode romper e modificar o texto constitucional ao desrespeitar esses limites. “Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição. Ambos estão proibidos a ele pelo direito vigente.” (HESSE, 1998, p. 69).

Conforme já destacado, a mutação constitucional não se confunde com a mudança constitucional, que acontece sob a forma de reforma. Ao contrario, a mutação constitucional modifica o conteúdo da norma de forma que, sem alteração no seu texto, receba outro significado. (HESSE, 1983).

A mutação constitucional por via interpretativa é claramente perceptível numa das situações seguintes:

- a) quando há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-lhe assim, a abrangência para que passe a alcançar novas realidades;
- b) quando se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional, visando à integração e efetiva aplicação da norma em momento diverso daquele em que ela foi estabelecida;
- c) quando se modifica interpretação constitucional anterior e se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional
- d) quando há adaptação do texto constitucional à nova realidade social, não prevista no momento da elaboração da Constituição;
- e) quando há adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional;
- f) quando se preenche, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional. (FERRAZ, 1993, p. 20-21)

A mutação constitucional se deve ao fato de que a vontade da Constituição não é imutável, mas sim uma vontade estável alterável, de tal forma que uma mudança das circunstâncias é possível admitir novas interpretações. Assim, um preceito constitucional pode mudar de significado quando surjam fatos novos, não previstos, ou quando fatos conhecidos se mostram com um novo significado em razão de um processo evolutivo. (HESSE, 1983).

A mutação constitucional e seus limites somente são compreendidos com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como mudança no interior da própria norma constitucional, não como consequência de mudanças produzidas fora da normatividade da Constituição. Assim, a mutação implica em alteração do âmbito normativo da norma constitucional, e não do programa normativo. Isso se dá, pois a norma abarca no âmbito normativo os dados da realidade afetados pelo programa normativo como parte material integrante da mesma. Logo, se há modificação na realidade, modifica-se o âmbito normativo e por consequência a própria norma sofre a mutação (HESSE, 1983).

Não se pode perder de vista a unidade da Constituição no momento da interpretação, não se olhando somente a norma a ser interpretada, mas toda a unidade constitucional, a fim de evitar contradições com outras normas constitucionais.(HESSE, 1998).

Ao deslocar a interpretação para concretização, HESSE a transforma numa operação tópica, que vincula as premissas ao problema e à questão. Essas premissas são os chamados princípios constitucionais, que assumem o encargo de ordenar e coordenar a solução do conflito. O autor aponta então para alguns princípios como a unidade da Constituição, a concordância prática, a correção funcional, a integração e a força normativa da Constituição, que devem ser analisadas a partir de uma pré-compreensão do sentido e âmbito da norma que somente pode ser dada por uma Teoria Constitucional. (LOIS, 2001, 138)

### 1.3.3 Princípios de Interpretação Constitucional

A interpretação constitucional concretista possui alguns princípios básicos, que devem ser observados pelo intérprete no momento de sua aplicação. Eles limitam a consideração, coordenação e valoração dos pontos de vista elaborados pelo intérprete no momento de aplicação da norma. (HESSE, 1998).

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 2003, p. 141)

Os princípios atuam como limite de atuação do jurista. Da mesma forma em que funcionam como vetor de interpretação, limitam a vontade subjetiva do aplicador do direito ao estabelecer balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua

criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto (BARROSO, 2003, p. 256.).

A importância e a força dos princípios não se relacionam somente com a aplicabilidade dos mesmos “às relações que formam o respectivo objeto” mas especialmente sua eficácia interpretativa que advém notadamente da função construtiva (BONAVIDES. 1996 p. 245.).

O primeiro princípio a ser analisado é o Princípio da Supremacia da Constituição, segundo o qual a Constituição deve ser interpretada considerando-se a sua supremacia sobre as demais normas do ordenamento jurídico. Hierarquicamente, ela é a norma superior, e os demais atos normativos devem ajustar-se à ela.

Esse princípio está associado a dois fundamentos conceituais essenciais do constitucionalismo: a diferença entre poder constituinte e constituído, e entre Constituição rígida e Constituição flexível. (BARROSO, 2003)

Desta forma, da Constituição é que emanam os preceitos para a explicitação dos conceitos, não podendo receber influências de normas inferiores. Essas normas devem ser interpretadas então conforme a Constituição.

O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que sempre se fez é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição. (BASTOS, 2002, p. 172).

O Princípio da Supremacia da Constituição coloca então a necessidade de interpretação primeira desta. A partir da compreensão do alcance do significado dos preceitos constitucionais será possível analisar os limites do direito infraconstitucional, inclusive o alcance das decisões judiciais e das leis editadas.



Em razão desse princípio serão analisados nos próximos capítulos os limites constitucionais de interpretação da família no ordenamento jurídico brasileiro.

O Princípio da Interpretação conforme a Constituição cuida da escolha de uma linha de interpretação de uma norma entre outras opções possíveis, plausíveis e alternativas, de forma a compatibilizar a norma em interpretação com a Constituição.

BARROSO (2003) destaca os seguintes elementos:

- 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal. (BARROSO, 2003, p. 189).

O Princípio da Unidade da Constituição significa a busca pela coerência entre as normas constitucionais no momento da sua interpretação. A norma a ser interpretada Constituição não pode ser vista isoladamente, evitando o casuismo e a parcialidade, mantendo uma coerência entre os princípios e regras gerais contidos na Constituição. Através desse princípio visa-se harmonizar os preceitos constitucionais.

Como consequência deste princípio, as normas constitucionais devem ser sempre consideradas como coesas e mutuamente imbricadas. Não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma. (BASTOS, 2002, p. 174)

A observância desse princípio leva a inexistência de contradições entre as normas constitucionais. Observando a Constituição de forma unitária haverá a conformidade com os fundamentos da Constituição.

A conexão e a interdependência dos elementos individuais da Constituição fundamentam nunca olhar somente a norma individual, senão sempre também a conexão total na qual ela também deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas. Somente uma tal resolução do problema corresponde a esse princípio, que se mantém em consonância com as decisões fundamentais da Constituição e se preserva da restrição unilateral a aspectos parciais. (HESSE, 1998, p. 65)

O Princípio da Ponderação ou Concordância Prática determina que não deve haver prevalência, em abstrato, de um bem constitucionalmente protegido em detrimento de outro bem, também constitucionalmente protegido. No momento da concretização da Constituição através da solução do problema. A “*ambos os bens* devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a eficácia ótima.” (HESSE, 1998, p. 67)

O que HESSE chama de concordância prática assemelha-se ao princípio da proporcionalidade tratado pelos demais autores. Basicamente, para o uso da proporcionalidade deve existir a adequação do meio ao fim, além da necessidade ou exigibilidade, que está ligada à inexistência de meio mais gravoso e a ponderação em sentido estrito, entre o ônus imposto e o benefício trazido.

Deve-se notar que o Princípio da Proporcionalidade ou Ponderação anda de forma conjunta com o da Unidade da Constituição. Na busca da solução entre conflitos aparentes de normas constitucionais, haverá a ponderação, limitando-se a atuação de cada uma, já que, tendo em vista a unidade da Constituição, não existe conflito entre as normas constitucionais.

Outro princípio de interpretação constitucional importante para o estudo é o da Exatidão Funcional, que não permite que o órgão interpretador altere a distribuição das funções constitucionalmente realizada. (HESSE, 1998).

Não se pode perder de vista também o critério do efeito integrador, segundo o qual quando da solução de um problema jurídico-constitucional deve-se dar preferência aos pontos de vista que criam e conservam unidade da Constituição. (HESSE, 1998).

E por fim, destaca a importância do Princípio da Força Normativa da Constituição no momento da interpretação. Isso implica que no momento da interpretação atualizadora da Constituição, em razão da transformação das possibilidades e condições históricas desta atualização, devem-se priorizar os pontos de vista que proporcionem à Constituição um efeito ótimo (HESSE, 1998).

Um vez definidas a concepção de Constituição que servirá de base para o trabalho e o método de interpretação da Constituição, cumpre agora analisar a evolução histórica da concepção jurídico-constitucional de família, para que ao final se possa determinar o âmbito normativo do artigo que confere proteção especial à família dentro da atual Constituição brasileira, bem como os efeitos na legislação ordinária.

No próximo capítulo então serão ordenadas as Constituições brasileiras, e apresentada a proteção normativo-constitucional conferida a esta instituição.

## **CAPÍTULO II - HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À FAMÍLIA SOB A ÉGIDE DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL**

### 2.1 Família

Uma vez definida a importância da Constituição como instrumento garantidor e efetivador dos direitos fundamentais do homem, torna-se importante destacar como a questão da Família foi tratada nas Constituições Brasileiras, desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Constituição Federal de 1988. Durante esta análise, buscar-se-á fazer demonstrar como a evolução social foi capaz de transformar os limites da proteção constitucional destinada.

Ao se falar em Família logo se pensa nos laços mais estreitos que existem entre os indivíduos. É a célula base da Sociedade, a primeira comunidade na qual se insere o ser humano. Situa-se numa posição intermediária entre a Sociedade e o indivíduo, portanto a sua caracterização depende da conjunção do seu lado social e individual. Nesse desiderato, não é possível identifica-la sem o equilíbrio entre o ponto de vista individual daqueles que a compõem e o reconhecimento social do fenômeno.

A palavra Família, no entanto, contém diversos significados<sup>16</sup>. Apesar de não haver uma definição estanque, é possível identificar critérios, variáveis conforme a cultura e a época de cada Sociedade<sup>17</sup>, para delimitação de sua Constituição.

---

<sup>16</sup> Conforme o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa “Família. [Do lat. Famigeru] S. f. 1. Pessoas aparentadas, que vivem, em geral, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos. 2. Pessoas do mesmo sangue. 3. Ascendência, linhagem, estirpe. 4. Hist. Nat. Unidade sistemática ou categoria taxionômica constituída pela reunião de gêneros afins [Em botânica as famílias se caracterizam, em geral, pela terminação -áceas, como, p. ex., em acantáceas; em zoologia pela terminação -ídeos, como em formicarídeos.] 5. P. ext. Grupo de indivíduos que professam o mesmo credo, têm os mesmos

É inegável que a multiplicidade e a variedade de fatores (de diversas matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo. (FARIAS, 2004, p. 58).

Para este estudo importa primeiramente uma definição de Família sob o aspecto jurídico. Isso não significa, evidentemente, a exclusão dos fenômenos sociais. Ao contrário, a análise da proteção jurídica à Família importa necessariamente em uma análise dos fenômenos sociais que possuem reflexos no Direito. Porém, para se alcançar o significado de Família nos dias de hoje, não se pode olvidar de analisar a evolução da regulação por nosso ordenamento jurídico, em especial o constitucional, do ente familiar.

O enfoque está voltado à Família conjugal, entendendo-se conjugalidade como união de duas pessoas, pelo casamento ou de forma livre, com objetivo de constituir vida em comum. As relações familiares também poder ser decorrentes do parentesco natural, civil ou por afinidade, porém estas questões serão tratadas de forma secundária

---

interesses, a mesma profissão, são do mesmo lugar de origem, etc.: a família católica; a família paulista. 6. Fig. Categoria, classe: O novo material para acondicionamento é da família dos plásticos. 7. Gram. Conjunto de vocábulos que têm a mesma raiz. 8. Genét. Conjunto de gêneros afins. 9. Sociol. Comunidade constituída por um homem e uma mulher, unidos por laço matrimonial, e pelos filhos nascidos dessa união. 10. Sociol. Unidade espiritual constituída pelas gerações descendentes de um mesmo tronco, e fundada, pois, na consangüinidade. 11. Sociol. Grupo formado por indivíduos que são ou se consideram consangüíneos uns dos outros, ou por descendentes dum tronco ancestral comum e estranhos admitidos por adoção. 12. Tip. Designação tradicional de conjunto de tipos que apresentam as mesmas características básicas. 13. Bras., MG, MT e RS. Filho ou filha: “falei-lhe em casamento ... porque os pais devem tomar isso a si para bem de suas famílias; não acha?” (Visconde de Taunay, *Inocência*, p. 52).”

<sup>17</sup> Para o presente estudo, apenas importa a busca pela Família ocidental do final do século XIX até o momento atual. Porém, destaca-se que em tese de doutoramento foi feita uma análise de diversos tipos familiares em culturas diversificadas, sob o viés antropológico: SILVA, Eneléo Alcides da. *Famílias e Sexualidades monogâmicas, poligâmicas homoafetivas, heteroafetivas, fraternas: por uma perspectiva multidisciplinar para o Direito*. Florianópolis: UFSC: 2004. 414 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, Orientador: PORTONAVA, Rogério.

## 2.2 A proteção à Família nas Constituições Brasileiras

Analisando as Constituições brasileiras, é possível constatar a evolução da forma como foi abordada a proteção à Família. Um breve histórico é capaz de demonstrar como as mudanças políticas e sociais que influenciaram a teoria constitucional refletiram na abordagem do tema nas Constituições pátrias. Não se pode negar a influência das transformações do comportamento social no texto constitucional.

Não se pretende esgotar o assunto, mas somente levantar os aspectos sociais e políticos dominantes no momento da elaboração de cada Constituição, e os reflexos na proteção constitucional à Família em cada momento de nossa história.

Assim, é possível verificar de que forma a interação das manifestações sociais influenciaram a transformação do conceito constitucional de Família, bem como de que forma a Constituição impõe força normativa na sociedade, condicionando comportamentos.

### 2.2.1 A Família no Constitucionalismo Liberal: Constituições de 1824 e 1891

As Constituições Brasileiras de 1824<sup>18</sup> e 1891 podem ser enquadradas, dentro da teoria constitucional, como Constituições Liberais. Adota-se a distinção desta forma tendo em vista a evolução da teoria constitucional.

---

<sup>18</sup> Existem controvérsias quanto a classificação da Constituição de 1824 como liberal pois regulava uma sociedade monárquica, escravista e agrária. No entanto, mesmo não implantando todos os ideais do liberalismo, não se pode negar a forte influência liberal na sua elaboração, como se verá a seguir, razão pela qual optou-se em classificá-la desta forma.

Como já apresentado<sup>19</sup>, o liberalismo defendia a existência de limitações ao poder do Estado em respeito à individualidade e liberdade do ser humano. Desta forma, as Constituições deste período, de uma forma geral, tinham como preocupação maior a regulamentação da forma de governo e de seu exercício, bem como a proteção dos direitos do indivíduo, especialmente para limitar o poder de atuação do Estado.

A Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I, foi fortemente influenciada pelo liberalismo. BASTOS (2002) destaca que não há como compreender a Constituição Imperial de 1824 senão à luz das idéias liberais da época, que colocavam o homem, individualmente considerado, como alicerce de todo sistema social.

As influências do liberalismo no Brasil já eram sentidas desde o tempo da regência de D. João. Porém, tornaram-se mais evidentes após a independência e a formação do império, em 07 de setembro de 1822, em razão da direta influência dos ideais liberais franceses e ingleses na Assembléia Constituinte convocada pelo Imperador D. Pedro I. (BONAVIDES, 1996). Mesmo após dissolver a Constituinte por razões políticas, o Imperador manteve boa parte dos ideais liberais inseridos na Constituição outorgada.

O Constitucionalismo do Império introduziu no País uma forma política de organização do poder que se inspirava em grande parte nos princípios fundamentais da ideologia liberal. [...] A Constituição do Império, objeto agora de consideração, não foi na história do País a Constituição-modelo do nosso liberalismo. Com efeito, em matéria de texto só houve liberalismo na plenitude com o advento da República (BONAVIDES, 2004, p. 102-104)

O Estado brasileiro foi instituído como monárquico hereditário, constitucional e representativo, sob o comando do Imperador. Porém, havia uma peculiaridade em relação à divisão dos poderes: foi a única Constituição do mundo que adotou a tetrapartição do poder formulada por Benjamin Constant, ao invés da tradicional

---

<sup>19</sup> Sobre o liberalismo, Estado Liberal e Constituições Liberais ver Capítulo I.

tripartição formulada por Montesquieu. (BONAVIDES, 1996) Desta forma, além dos tradicionais poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, existia o poder Moderador, exercido também pelo Imperador.

Havia também a garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, nos artigos 173 a 179. Essa garantia era característica marcante das Constituições liberais, pois era a forma de limitação do poder do Estado em frente aos cidadãos.

A única menção que a Constituição de 1824 faz à Família diz respeito exclusivamente à Família Imperial, e ainda assim somente o fez pois importava na organização da forma de governo do país, que era monárquico hereditário. Nos moldes do pensamento liberal dominante na época, não se admitia tamanha intervenção do Estado nestes aspectos do indivíduo.<sup>20</sup>

Logo, esta Constituição, por seu caráter não-intervencionista, não destinou normas específicas sobre a família brasileira, sua forma de Constituição ou mesmo sua proteção, fatos que não deixam nenhuma dúvida de que se harmonizava com o pensamento individualista predominante da época, enquadrando-se perfeitamente no modelo do liberalismo clássico” (OLIVEIRA, 2002, p. 32)

Isso não significa que não havia regulamentação jurídica a respeito da Família. Não se pode esquecer que a religião católica era a religião oficial do Brasil, nos moldes do artigo 5º do texto constitucional. Desta forma, incumbia Direito Canônico regulamentar as questões referentes ao casamento e suas conseqüências. “Aplicava-se, assim, o Direito canônico por força das leis civis.”<sup>21</sup>(GOMES, L.1993,).

No âmbito do direito canônico, é a família considerada pelas Escrituras como *entidade de direito divino*. Para a Igreja, a família tem origem exclusivamente no casamento, instituição criada por Deus e elevada à categoria de sacramento, com a finalidade de santificar a união indissolúvel do homem e da mulher, visando não a satisfação da concupiscência pelo congresso sexual, mas também,

---

<sup>20</sup> Sobre a separação público/privado verificar menção no Capítulo anterior.

<sup>21</sup> Apesar de manter o casamento católico como regra, foi editado o Decreto 181 em 24 de janeiro de 1890, regulando outras formas de celebração, já que o Estado, mesmo adotando a religião Católica como oficial, garantia a liberdade de culto privado de outras religiões.



e principalmente, à procriação e educação da prole (GOMES, 1993, p. 320)

A Constituição de 1891 foi a primeira do Brasil República. Houve a necessidade de substituição da anterior, ideologicamente discordante da nova situação política do Brasil, já que as regras do Império já não serviam para a nova ordem. O liberalismo, presente no Brasil desde o Império, manteve-se com importante mudança paradigmática uma vez que sofreu forte influência norte-americana em sua elaboração (BONAVIDES, 1996)

Entre as principais alterações é possível destacar a implantação do federalismo no Estado republicano, sob a forma presidencialista de governo. Adota o sistema de tripartição dos poderes, abandonando a divisão quádrupla anterior.

A nova Constituição se esforça para extinguir todos os vínculos de ligação com o Império, e toma medidas como a destituição de títulos de nobreza e a separação expressa do Estado com a Igreja. E, é justamente neste aspecto em que aparece a única menção a um instituto familiar, o casamento, quando em seu artigo 72, § 4º destaca que “A República somente reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

A representação do apostolado positivista à Constituição não poupava a Igreja Católica, aliás na época a mais poderosa fortaleza das correntes conservadoras e tradicionalistas da sociedade brasileira.[...]Dizia textualmente o Arcebispo que a separação violenta, absoluta, radical e impossível que se estava tentando estabelecer não só entre a Igreja e o Estado, mas entre o Estado e toda a religião, perturbava gravemente a consciência da Nação e era fadada a produzir os mais funestos efeitos, mesmo na ordem das cousas civis e políticas [...] Argumentava também contra o casamento civil, considerando uma afronta à Nação a assertiva de que ele era o único que garantia “a moralidade, a boa ordem e a segurança da família”. (BONAVIDES, 2004, p. 237/239).

Sob a regência desta Constituição, foi elaborado o Código Civil de 1916, Lei nº 3.701 de 01 de janeiro de 1916, regulamentando as questões familiares

da época. Isto porque, em consonância com a ideologia liberal, à Constituição incumbia regulamentar a atuação do Estado e as suas limitações perante os direitos individuais dos cidadãos. À legislação ordinária incumbia a regulamentação dos demais direitos e deveres.<sup>22</sup>

O Código Civil de 1916 era essencialmente patrimonialista, mesmo ao tratar das relações de família. “A finalidade da família constituída centrava-se na transmissão de patrimônios de qualquer natureza.” (DIAS, M.B, 2001, p. 62). Os grandes pilares do Direito liberal ocidental eram inclusive o casamento, a propriedade e o contrato, conforme destaca Sérgio Gischkow PEREIRA (1989).

A família conforme o Código Civil de 1916<sup>23</sup> caracterizava-se por ser entidade formada exclusivamente pelo matrimônio civil.

O casamento é acto (sic) solemne (sic) pelo qual duas pessoas de sexo diferente (sic) se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão (sic) da vida. Legitimar a procreação (sic) da prole, envolvendo no véo (sic) do direito a relação physica (sic) dos dous (sic) sexos, é certo, um dos principaes (sic) intuitos do casamento; mas o fim capital, a razão de ser dessa instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que confundindo-se uma na outra, correm os mesmos destinos, soffrem (sic) das mesmas dores e compartilham, com egualdade (sic), do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida. (PEREIRA, L, 2004, p. 29-30)

O patriarcado é uma das principais características do modelo vigente, com a subordinação da mulher e dos filhos ao comando do *pater familias*<sup>24</sup>. Não havia

---

<sup>22</sup> Sobre a separação público/privado e a divisão de matérias entre legislação civil e Constituição conferir o capítulo anterior.

<sup>23</sup> O Direito de Família regulava o casamento (arts. 180 a 329), as relações de parentesco (arts. 330 a 405), a tutela a curatela e a ausência (arts. 406 a 484)

<sup>24</sup> Especial influência no modelo familiar predominante até o início do século XX nas sociedades ocidentais, centrado na figura do marido, com submissão da mulher e dos filhos, teve a civilização greco-romana antiga, descrita por Fustel de COULANGES, em sua obra Cidade Antiga. Nessas sociedades, a Família era a entidade mínima e importante para a preservação dos cultos familiares ligados aos deuses lares, existentes em cada residência. A organização familiar era em torno da figura do pai, o patriarca, que possuía poderes absolutos sobre seus filhos e sua esposa. Todos se reuniam em torno do culto a seus ancestrais. Nesse momento histórico, não se admitia que um homem não tivesse descendentes, pois sem filhos, não haveria quem continuasse os cultos familiares aos ancestrais. Conforme destaca COULANGES (2002, p. 53) os gregos “julgavam que a felicidade do morto não

igualdade entre os cônjuges, cabendo ao varão a administração da sociedade conjugal, seja em relação ao patrimônio, bem como em relação às próprias decisões que envolvem a família. A autonomia feminina era mínima. “O Brasil herdou o modelo patriarcal da família portuguesa e, com alguns temperamentos, foi esse o modelo predominante até este século.” (NALINI,2000 p. 13)<sup>25</sup>

A descrição feita por LAFFAYETTE, em sua obra *Direitos de Família* deixa bem claro o pensamento predominante na época sobre a centralização do poder do marido:

Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos cônjuges. [...] Dessa necessidade resultou a formação do *poder marital*, cuja denominação provém de ter sido elle (sic) exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exercê-lo. O marido figura na scena (sic) jurídica debaixo de três caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como sócio com direitos seus, e finalmente, como representante da mulher em tudo que diz respeito aos direitos e interesses particulares della (sic).[sem grifos no original] (PEREIRA, L., 2004, p. 107)

Ainda, possuía o marido direito de exigir obediência da mulher, que deveria moldar suas ações pela vontade do marido, escolher o domicílio conjugal, representar a mulher, entre outros. Isso porque parte da capacidade da mulher deslocava-se para o marido, constituindo-a em estado de incapacidade. (PEREIRA, L., 2004), conforme expresso no artigo 6º, inciso II do Código Civil, que regulava a incapacidade

---

dependência da conduta do homem durante a vida, mas daquela de seus descendentes em relação a ele depois de sua morte”. Por isso era essencial, para os mortos, que a sua descendência nunca se extinguísse. As leis atenienses e romanas cuidavam expressamente da questão, de forma a impedir a extinção de uma família e, portanto, de seu culto doméstico.

<sup>25</sup> Nesse sentido, conferir os artigos 233 a 255 do Código Civil de 1916.

relativa.<sup>26</sup> A mulher casada nem mesmo poderia exercer profissão remunerada sem a autorização do marido, conforme artigo 242 do mesmo texto legal.<sup>27</sup>

Consagrando a família matrimonial, havia uma distinção no tocante aos filhos havidos durante o casamento – os chamados filhos legítimos – e os havidos fora do casamento, ou filhos ilegítimos<sup>28</sup>. Os filhos ilegítimos poderiam ainda ser diferenciados entre aqueles derivados de relações entre pessoas impedidas de casar, como os filhos adulterinos, que seriam os havidos de relações extraconjugais de pessoas casadas, e os filhos incestuosos, havidos entre pessoas da mesma família impedidos de contraírem matrimônio, como ascendentes ou colaterais em segundo grau. Ainda, havia os filhos naturais, que seriam os havidos de relações entre pessoas livres, não impedidas de casar.

Nosso Código Civil, seguindo o modelo do Código Civil de Napoleão Bonaparte de 1804, adotou o casamento civil como sendo a única forma de Constituição da família legítima. Só a família constituída, a partir do casamento, gozou da tutela do Estado, sendo que, as demais formas de convivência afetiva, foram taxadas como ilegais [...]. A legislação liberal, dentro desse sentido patriarcal, calçou o eixo do direito civil, inclusive do direito de família, na proteção econômica da propriedade e dos interesses patrimoniais. Sob o viés religioso, a família do Código Civil tinha função procriativa, a qual coaduna-se como o modelo de família rural, onde os filhos deveriam auxiliar na produção. (CAMBI, 1999, PG 44)

Outros elementos, no entanto, servem para identificar a família neste período. Tendo por base uma sociedade eminentemente agrária, o casamento era visto

<sup>26</sup> “Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal. [...]”

<sup>27</sup> Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I. Praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235).; II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nº II, III, VIII, 269, 275 e 310).; III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outra.;; IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.;; V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público.;; VI. Litigar em juízo civil ou comercial, anão ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.;; VII. Exercer profissão (art. 233, nº IV).; VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. Art. 243. A autorização do marido pode ser geral ou especial, mas deve constar de instrumento público ou particular previamente autenticado.

<sup>28</sup> Esta diferenciação possuía efeitos pessoais e patrimoniais regulados nos artigos 337 a 367, sendo expressamente vedada a possibilidade de reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos.

como um negócio, uma forma de transmissão de propriedade e de procriação. Os casamentos eram combinados entre os patriarcas de cada família, sem a escolha afetiva por parte dos noivos na maioria dos casos.

A escolha do cônjuge, na maioria das vezes, se dava em razão da melhor união patrimonial. No momento de se acertar o casamento, o pai da noiva oferecia um dote ao noivo. O dote, ou o regime matrimonial dotal, existiu desde os tempos de colônia, sendo mantido pelas leis republicanas, como o Código Civil de 1916, que fazia expressa menção ao regime dotal<sup>29</sup>

Essa estrutura matrimonial também refletia uma forma de manutenção de *status* social, segregando classes através da solenidade.

Uma sociedade patrimonialista e uma estrutura familiar predeterminada serviram para dividir pessoas e classes; não apenas a sociedade se dividia; de uma parte, os abastados e livres, de outra, os submetidos (indígenas, negros, mulheres), assim também o eram o Estado, a Igreja e o Direito que celebravam o fosso do ingresso no estatuto jurídico da matrimonialização, um rito de passagem solenizado. Daí a importância do casamento como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão. Uma cerimônia, muito diversa das relações concubinárias, dos amores e dos filhos sempre pública e oficialmente rejeitados. (FACHIN, R., 2001, p. 35-36)

Percebe-se então que, mesmo que formalmente houvesse um rompimento com o catolicismo, foram mantidos os mesmos princípios e fundamentos do direito canônico em relação ao casamento no direito civil legislado. Não havia mais o reconhecimento de efeitos pelo Estado ao matrimônio religioso, mas toda solenidade de impedimentos, habilitação e celebração foi mantida. Não houve alteração na essência.

---

<sup>29</sup> O Regime Dotal era previsto nos arts. 278 a 311 do Código Civil de 1916, e não foi mantido pelo Código Civil de 2002.

Este fato confirma que o rompimento havido com a Igreja foi tão somente do ponto de vista formal. Não somente foi mantido o dogma do casamento indissolúvel, como também o da filiação legítima, originária do casamento. Isso porque a população, em sua maioria, manteve os costumes decorrentes dos ensinamentos católicos, e a família socialmente aceita, neste primeiro momento, continuou a ser a originada do casamento. Assim, a nova ordem, para que fosse legítima, não poderia se afastar da sociedade.

## 2.2.2 A Família no Constitucionalismo Social: Constituições de 1934, 1937 e 1946

O constitucionalismo liberal foi perdendo sua força com o passar do tempo, até mesmo em razão da decadência do liberalismo. O Estado passou a modificar-se, e intervir nas relações entre os particulares nas relações que entendesse necessárias. Era o nascimento do Estado Social.<sup>30</sup>

Com a alteração da forma de atuação do Estado, houve alterações no espírito das Constituições, e no que se entendia ser fundamental como conteúdo destas. O constitucionalismo deixa de ser formal e passa a ser um constitucionalismo material, em que diversas matérias são elevadas à nível constitucional para uma efetiva proteção do Estado.

Os direitos que devem ser protegidos pelo Estado não são mais somente os direitos individuais e os direitos políticos, mas também os direitos sociais, entre eles o direito à proteção à família.

A inserção daqueles temas num instrumento de lei básica como era a Constituição refletia a mudança e a vocação para novas e amplas

---

<sup>30</sup> Sobre a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, verificar o estudo efetuado no capítulo anterior.

formas de equilíbrio em que a preponderância dos valores coletivos já se fazia sentir de maneira acentuada, regendo os princípios medulares da organização liberal da sociedade na medida em que esta entronizava dogmas individualistas de todo ultrapassados (BONAVIDES, 2004, p. 295)

No Brasil, a transformação do Estado liberal para o Estado social teve como marco importante a Revolução de 1930, liderada por Getúlio Vargas.

A Revolução de 30 colhe seu significado mais profundo na medida em que se percebe quanto ela contribuiu para transformar o diálogo liberal num diálogo social. Vargas, com a instituição dos novos valores subestimados pelas correntes liberais, inaugurou a era social (BONAVIDES, 2004, p. 272)

A Constituição de 1934 possui traços do chamado Estado Social, e foi fortemente influenciada pela Constituição de Weimar<sup>31</sup> (SALDANHA, 2000). Foi nesta Constituição que surgiram as primeiras menções de proteção à Família, até então inéditas no constitucionalismo pátrio. Foi dedicado um Título à Família, Educação e Cultura, no qual um Capítulo inteiro se dedicava a Família, nos seguintes termos:

#### CAPÍTULO I

##### Da Família

Art. 144 – A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

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

Art. 145 – A lei regulará a apresentação pelos nubentes de provas de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do país.

Art. 146 – O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá

---

<sup>31</sup> No período compreendido entre a primeira e segunda Guerra Mundial surgiu a República de Weimar (1919 a 1933), destacada da Alemanha derrotada. A Constituição deste Estado, em razão de sua preocupação com a igualdade material através do estabelecimento de direitos sociais e da busca pela garantia democrática, destacou-se historicamente, apesar se registrar um antecedente na Constituição mexicana de 1917 (LOIS, 2001, p. 94/96).

penalidade para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

Parágrafo único – Será também gratuita a habilitação para o casamento, inclusive os documentos necessários, quando o requisitarem os juizes criminais ou de menores, nos casos de sua competência, em favor de pessoas necessitadas.

Art. 147 – O reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança que lhes caiba, ficará sujeita a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos.

Da análise do texto constitucional, observa-se que a proteção do Estado à Família limitava-se à união matrimonial indissolúvel. Nesse aspecto, importante destacar a reconciliação que do texto constitucional com a religião: o casamento reconhecido como gerador da família não era tão somente o civil, mas também o religioso.

Desta forma, manteve-se o modelo familiar adotado pelo Código Civil de 1916, com a elevação da proteção jurídica ao patamar constitucional. A Família, reconhecida e amparada pelo direito era a entidade constituída através do casamento, e os filhos oriundos deste.

Percebe-se que o legislador não se preocupou em apresentar um conceito substancial do que seria uma Família, apenas especificou o ato pelo qual se constituía, e que era indissolúvel (OLIVEIRA, 2002, p.48).

No entanto, mesmo que não diretamente direcionado ao aspecto familiar, alguns direitos consagrados na Constituição de 1934 demonstram importantes alterações sociais que sem dúvida refletiram no contexto familiar. Entre eles, destaca-se a conquista gradual da igualdade pelas mulheres, que se consolidou de forma considerável com a concessão de direitos políticos às mulheres<sup>32</sup>. Neste período, começou a transformação, ainda que gradual, do patriarcado.

---

<sup>32</sup> Para um estudo da evolução da proteção constitucional dos direitos das mulheres no Brasil recomenda-se a leitura da seguinte obra: BIANCHINI, Alice. As (des)igualdades jurídica e política



A independência feminina refletiu diretamente na estrutura familiar. A conquista da igualdade social foi lenta, e especialmente tímida neste momento. O legislador concedeu às mulheres, individualmente, a conquista de alguns direitos, como o importante direito ao voto. Mas a sua posição na entidade familiar, em especial no matrimônio, permaneceu por muito tempo ligada ainda ao patriarcado, ou seja, uma posição secundária, limitada. A evolução jurídica neste aspecto foi lenta, não acompanhando o ritmo das transformações sociais.

A Constituição de 1934 teve pouco tempo de vida. Logo em seguida a um golpe de Estado de Getúlio Vargas foi instituído o Estado Novo, e outorgada a Constituição de 1937. Apesar de substancialmente alterar importantes conceitos políticos e administrativos da organização do Estado, e reduzir alguns dos direitos individuais e políticos, referida Constituição não alterou significativamente os novos direitos - os direitos sociais, conquistados em 1934.

O direito de proteção à Família, neste sentido, foi mantido, com pequenas alterações, em um capítulo específico.

#### Da Família

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

Art. 125 – A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a este dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Art. 126. Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais.

Art. 127 – A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao

Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.

Conforme descreve OLIVEIRA (2002, p.52), poucas foram as alterações no texto da Constituição anterior, já que ambas foram apresentadas durante o governo de Getúlio Vargas, em que pese a de 1937 ter sido imposta. Não havia a intenção de retrocesso constitucional no campo social. Porém, houve a retirada da possibilidade de efeitos civis aos casamentos religiosos.

Da mesma forma que a anterior, a Constituição de 1937 também não apresentou um conceito de Família, apesar de impor algumas alterações ao tratar da necessidade de educação da prole, a colaboração estatal para as famílias necessitadas, e a igualdade entre os filhos naturais e legítimos (OLIVEIRA, 2002, p. 52/53).

A Constituição de 1946 foi gestada imediatamente no período pós-guerra, com a queda dos regimes totalitários.<sup>33</sup> Era o momento em que os Estados, entre eles o brasileiro, visavam a consolidação e o resgate da democracia, abalada pelos regimes anteriores, através da ampliação da garantia dos direitos individuais, sem esquecer da manutenção dos direitos sociais.

---

<sup>33</sup> O Brasil enviou soldados para combater na Europa os regimes totalitários nazistas e facistas. Com a vitória da aliança do Atlântico e derrubada destes regimes, foram elaboradas novas Constituições para o restabelecimento da Democracia abalada.

O Brasil, sujeito a um regime totalitário desde o Golpe de 1937, sem partidos políticos, sem imprensa livre, estava tão fechado quanto as ditaduras que combateu no além-mar. A legitimidade da Carta de 1937 passou a ser questionada, e em 1946 foi instaurada a terceira Constituinte republicana. (BONAVIDES, 2004)

A nova Constituição recuperou o princípio federativo, e restabeleceu as liberdades, que não poderiam mais ser cerceadas por qualquer expediente autoritário.

A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934 (BASTOS, 2002, p. 200)

Em relação à Família foi dedicado um Capítulo inteiro:

## CAPÍTULO I

### Da Família

Art. 163 – A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§ 1º – O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições de lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no registro público.

§ 2º – O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Art. 164 – É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e a adolescência. A lei instituirá o amparo das famílias de prole numerosa.

Art. 165 – A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *de cuius*.

Não houve significativas mudanças no tratamento da Família na Constituição de 1946 em relação às anteriores. Continuou atrelada ao casamento civil com vínculo indissolúvel, e retornou a possibilidade, já prevista na Constituição de 1934 e suprimida na de 1937, de registro civil do casamento religioso.

Importante destacar que a independência feminina, antes destacada, aos poucos foi consagrando o seu lugar dentro do Direito de Família. Sob a regência desta Constituição, exatamente em 27 de agosto de 1962, foi editada a Lei 4.121, dispendo sobre o “Estatuto da Mulher Casada”. Apesar de referida lei ainda manter características patriarcais, amenizou a situação da mulher casada, conferindo ao menos parcial independência em seus atos.<sup>34</sup> Porém, a direção da sociedade conjugal ainda era centrada no homem.

Não há como negar o avanço, mas a regulação legal ainda deixava a desejar, transparecendo o seu conservadorismo em todos os aspectos. A luta cada vez maior das mulheres pela igualdade na Sociedade e na Família continuou, alheia às amarras impostas. Não havia mais como segurar os reflexos da independência feminina em uma estrutura tão dinâmica como a Família.

Outro aspecto em que as mudanças sociais chocavam com as disposições legais e dogmas religiosos está relacionado à família de fato, constituída sem a celebração do casamento, apenas no plano fático. Esta união informal não poderia ser considerada como Família pelo ordenamento jurídico em razão da expressa menção constitucional com ao matrimônio. Desta forma, não gozava da proteção estatal, nem da regulamentação. Tratava-se de uma realidade, mas o legislador insistia em ignorar, na tentativa de desestimular este tipo de conduta, contrária aos “bons costumes”.

Indiferentes ao freio legislativo, os relacionamentos informais tornaram-se cada vez menos rejeitados socialmente. A problemática foi levada ao Poder Judiciário que não se furtou de examinar a questão, mesmo sem regulação específica. Através de

---

<sup>34</sup>Entre as alterações mais importantes do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) está a exclusão da mulher casada do rol dos relativamente incapazes do artigo 6º; houve a manutenção do marido como chefe da família, mas a incluiu como colaboradora; e excluiu do rol de atos que não poderia praticar sem autorização o exercício de profissão e aceitar tutela ou curatela ou outro múnus público; atribui à ela o papel de colaboradora no exercício do pátrio poder. Não se concretizou a igualdade, porém houve o reconhecimento de alguns direitos antes vedados à mulher casada, amenizado o patriarcado.

uma manobra jurídica a fim de não prejudicar as pessoas que conviveram em um relacionamento similar ao casamento, equiparou-se a uma sociedade de fato, já que havia impedimento constitucional para o reconhecimento como Família. Após inúmeras decisões a respeito foi editada a Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal, publicada em 11 de maio de 1964, com o seguinte teor: “comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

A solução foi satisfatória, ao menos para os problemas sociais existentes, e compatibilizou a questão com a previsão constitucional. Não supriu as necessidades dos integrantes do relacionamento, mas evidenciou a dissonância entre a legislação e o progresso da sociedade, que já não os via de forma espúria.

### 2.2.3 A família no regime militar: Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1 de 1969

Em 1964 houve um golpe de Estado no país, de cunho predominantemente militar. Se auto-intitulou de “revolução” com intuito de assumir um Poder Constituinte Originário, e não precisar buscar legitimação no Congresso, como se observa no preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. [...] Fica assim bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. (BONAVIDES, 2004, p. 433)

A Constituição de 1946 sofreu, portando, entre abril de 1964 a dezembro de 1966 quinze emendas, e foram editados quatro atos institucionais, alterando

profundamente a ordem constitucional vigente, com normas que aumentavam os poderes do Executivo, e permitiam a suspensão de direitos políticos, a cassação de mandatos legislativos sem a possibilidade de apreciação pelo Judiciário, extinguiu os partidos políticos, conferiram poderes ao Presidente para editar decretos-leis e atos complementares sobre matéria de segurança nacional, bem como para decretar recesso parlamentar e ainda, tornaram indiretas as eleições para os cargos do Executivo Federal e Estadual, entre outras mudanças. Por fim, se viu a necessidade de uma nova Constituição, em razão das diversas emendas e atos, que o Ato Institucional n° 4 determinou que o Congresso Nacional se reunisse de maneira extraordinária para tanto. (BONAVIDES, 2004).

No entanto, o Movimento de 1964 não estava legitimado a alterar a ordem constitucional vigente. No máximo poderia utilizar o poder de reforma ou emenda nos limites da própria Constituição de 1946. “Para a Carta de 1967, o governo utilizou-se do inexistente Poder Constituinte Congressual, aproveitando-se da mutilação do Legislativo que as cassações deformaram e aviltaram.” (BONAVIDES, 2004, p. 436)

A Constituição de 1967, no entanto, possuía uma contradição: “alguns textos formalmente liberais colidiam com a realidade ditatorial e vários dispositivos autoritários, permitindo ao Executivo sobrepor-se aos Poderes Legislativo e Judiciário.” (BONAVIDES, 2004, p. 436).

Os direitos e garantias individuais foram mantidos, mas houve a imposição de limites ao seu exercício. Mesmo que formalmente o retrocesso parecesse pequeno, foi suficiente para reforçar a ditadura. (BONAVIDES, 2004)

Logo em seguida, em 17 de outubro de 1969, houve a promulgação da Emenda Constitucional n° 1. No entanto, “a Emenda n° 1, de 1969, tornou-se de fato a nova

Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares.” (BONAVIDES, 2004, p. 447)

Em relação à Família, a ordem constitucional manteve a tradição consagrada anteriormente de dedicar um artigo a sua proteção. O artigo 167, na redação original da Constituição de 1967, alterou-se para 175, na redação da Emenda Constitucional nº 1, promulgada em 17/10/1969.

Art. 167 – A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º – O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições de lei, o ato for inscrito no registro público, a requerimento do celebrante ou de qualquer interessado.

§ 3º – O casamento religioso celebrado sem as formalidades do parágrafo anterior terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no registro público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º - Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.

A extensão da proteção constitucional não se alterou em relação às Constituições anteriores, demonstrando claro desinteresse em modificar a situação já regulada. O texto constitucional absteve-se de apreciar outras manifestações familiares não derivadas do casamento, em desconformidade com o reconhecimento social e judicial destes.

Não obstante, a Constituição de 1969 manteve o estigma obscurantista e preconceituoso, ao proclamar que “a família é constituída pelo casamento” (art. 175), subestimando assim a “família natural”, constituída pela “união livre” (SOARES, 2002, P. 728)

A preservação da figura familiar atrelada ao matrimônio indissolúvel inclusive foi reforçada na Constituição. “A Constituição de 1967 manteve as instituições do casamento civil e do religioso, em termos idênticos; porém, deu realce à

‘indissolubilidade do vínculo’, que passou a constituir parágrafo autônomo (art. 175, § 1º)”. (JACQUES, p. 346)

No entanto, a questão da indissolubilidade do vínculo conjugal não mais correspondia aos anseios sociais. O Brasil ainda era um dos poucos países que não admitia o divórcio, ficando evidente a força do catolicismo na constituinte. (FERREIRA FILHO, M, 1973)

Para o conservantismo, este novo direito matrimonial, com o direito da mulher ao trabalho e à igualdade civil com os homens, pareceu desnaturar a família tradicional, muito embora na verdade tenha apenas contribuído para melhor ajustar a família à sociedade moderna [...] A nossa Constituição assim é antídivorcista, proibiu o divórcio como a dissolução do vínculo matrimonial, numa solução passadista, eis que poucos países do mundo hoje são contrários ao divórcio. (FERREIRA, L. P., p. 620-621)

Mudança realmente significativa ocorreu com a Emenda Constitucional nº 9, de 29/06/1977, que tornou possível a dissolução do vínculo conjugal através do Divórcio. Foi aprovada a proposta do Deputado Nelson Carneiro, nos seguintes termos:

Art. 1º – O § 1º do art. 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 175.....

§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.”

Art. 2º. A separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.

Essa emenda representou um grande passo no rompimento do direito brasileiro relacionado à família com os preceitos conservadores. A legislação então desvinculava o casamento, até então única forma de constituir uma família amparada pelo direito, dos dogmas religiosos de indissolubilidade.



Logo após a Emenda Constitucional, foi editada a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a Lei do Divórcio, regulamentando então as causas, os prazos e os procedimentos para a dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

À época de sua edição, a Lei determinava um prazo mínimo de casamento de dois anos para separação, e esta somente seria concedida se houvesse uma das causas determinadas na lei, imputada culpa a um dos cônjuges – chamada de conduta desonrosa, doença grave de um dos cônjuges, ou se houvesse separação de fato por mais de cinco anos. E, somente após três anos da separação, poderia ser requerido o divórcio, como causa extintiva da relação conjugal.

Mesmo deixando de lado a indissolubilidade, o procedimento e as causas de rompimento do vínculo matrimonial demonstravam a tentativa do legislador em manter o casamento, em proteger o ente familiar por ele gerado. A dimensão da proteção pode ser demonstrada através da análise dos dispositivos legais, incumbindo o juiz de buscar a reconciliação do casal, e concedendo a possibilidade de negar a dissolução se não houver fundamento. Os prazos não tão curtos também demonstram a proteção do casamento, evitando decisões precipitadas.

Mesmo ante esse avanço legislativo relacionado à família, ainda havia um clamor na Sociedade brasileira pelo reconhecimento de outras formas de formação da entidade familiar, não vinculadas ao matrimônio, civil ou religioso. Quebrou-se um dos dogmas, mas ainda restava outro a ser quebrado, mais forte, o da vinculação da família ao casamento.

## 2.3 A família após a Constituição de 1988

### 2.3.1 O processo constituinte - Constituição de 1988

No final dos anos 70 começaram os clamores populares pela redemocratização do país por toda sociedade civil. Os principais anseios eram a realização de eleições diretas para Presidente e uma nova Constituição, a ser elaborada através da convocação de uma Assembléia Constituinte.

A movimentação popular, incitada pela Ordem dos Advogados do Brasil, atingiu a população. Em 17 de abril de 1984 teve início uma grande campanha de rua, com mais de um milhão de pessoas em São Paulo exigindo as eleições diretas. (BONAVIDES, 2004, p. 449).

Deste então inúmeras organizações civis, entidades populares, órgãos de imprensa, estudantes, advogados, professores, trabalhadores e políticos de oposição, atuando já no clima da distensão, não cessaram de requerer a volta a um regime marcado, pela confiança e credibilidade nos poderes de governo e na investidura legítima de seus titulares. (BONAVIDES, 2004, p. 456).

Houve eleições presidenciais em 1985, mas o voto ainda não foi direto, e sim através de um Colégio Eleitoral. E a Assembléia Nacional Constituinte foi convocada em 01 de fevereiro de 1987, sob o comando do então Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Iniciados os trabalhos, a Assembléia Constituinte preferiu não partir de um projeto já elaborado. (BONAVIDES, 2004) Durante a elaboração da Constituição Federal, a Assembléia Constituinte recebeu diversas contribuições da população brasileira, tentando ao máximo aproximar-se da realidade da sociedade.

Os debates acirrados que antecederam a sua promulgação, cumulado com o fato de não haver influência direta de antigos textos constitucionais, propiciaram ao constituinte brasileiro um avanço notável, especialmente no direito de família. Esta Constituinte destaca-se, inclusive, por ser a de maior participação popular na História de nossa nação. (BONAVIDES, 2004)

Nunca porém uma lei magna no Brasil esteve tão perto de refletir as forças reais do poder, de que fazia menção Lassale, na segunda metade do século passado, quanto este singular texto de 245 gordos artigos, escoltados de mais 70 outros, não menos volumosos, contendo disposições constitucionais transitórias.(BONAVIDES, 2004, p. 489).

Diversos debates sobre o tema da Família foram iniciados. A gradual abertura do conservadorismo ainda não tinha alcançado os progressos sociais. A sociedade em discussão já não queria continuar carregando os dogmas anteriores, e sim buscar na Constituição o reflexo de seus anseios.

Os principais pontos em debate estavam diretamente relacionados à imposição pela legislação de dogmas discriminatórios e excludentes, como a desigualdade entre homem e mulher no comando da sociedade conjugal, a distinção entre os filhos, a ausência de reconhecimento como família das uniões livres, o planejamento familiar e até mesmo a revisão dos prazos do divórcio, já reconhecido pelo ordenamento jurídico.

A questão das famílias de fato, na qual não há a celebração do casamento nos moldes legais, mas que se desenvolve como núcleo familiar permanente foi sem dúvida um dos aspectos mais debatidos.

NELSON CARNEIRO, Folha de São Paulo, 24/12/1985 – A Assembléia Constituinte enfrentará entre múltiplos problemas, o da conceituação de “família”, que não se restringe à criada pelo casamento civil, mas à que vive à sombra dos cultos religiosos ou pela livre associação de homem e mulher, com ânimo de permanência. [...] Se por acaso o legislador ordinário não o fizer antes, ao constituinte cumprirá encarar, também, a situação de tantos lares constituídos sem casamento. (GUTEMBERG, 1987, p. 78/79)

O debate sobre o artigo que concede amparo à Família levou a considerações sobre a necessidade de abertura constitucional deste conceito, deixando o caminho para que a própria Constituição possa se atualizar para acompanhar as mudanças sociais e os valores aceitos.

FLORISA VERUCCI, Folha de São Paulo, 24/12/1985 – [...] Se a lei é o resultado da realidade social e reflete os valores dessa sociedade, deve estar sempre se modificando para acompanhar essa evolução [...] Desde os tempos do Império, a tradição familiar brasileira está mais apoiada no concubinato do que no casamento, embora a organização legal da sociedade considere a família, até hoje, como tendo origem no casamento [...] E como poderemos encarar essa questão para o próximo texto constitucional? Como evoluiu a sociedade e os costumes no Brasil nesse meio tempo? [...] Essa é uma questão delicada, sem dúvida, se considerarmos as divergências de opinião entre os conservadores e os progressistas e também as diferenças da realidade sócio-econômica das diferentíssimas regiões do nosso país. É preciso rever o conceito de família na Constituição, deixando aberto o caminho para a proteção do Estado também às famílias organizadas de fato, que vivem como casados fossem. O princípio constitucional deveria ser simplificado: “a família tem direito à proteção do Estado”, deixando para o Código Civil ou um futuro Código da Família a tarefa de regulamentar as várias formas de família que existem.[...](GUTEMBERG, 1987, p. 80/81)

Relacionado aos assuntos familiares estava a questão da igualdade entre homem e mulher. A Constituição anterior, e toda ordem nela fundada reconhecia uma igualdade formal e incompleta, sendo necessária a ampliação para outros aspectos.

FLORISA VERUCCI, Folha de São Paulo, 24/12/1985 – [...] A mulher se destaca de modo significativo como agente e sujeito da evolução dos costumes [...] Assim o princípio constitucional de isonomia, deveria ser ampliado para contemplar a mulher “com os mesmos direitos do homem em todos os setores da vida pública, privada, econômica, política, social e cultural”. [...] (GUTEMBERG, 1987, p. 80/81)

Um dos aspectos da igualdade que mereceu destaque foi o da administração da sociedade conjugal. Era preciso explicitar que a forma familiar patriarcal já não condizia com a realidade vivida.

WALTER CENEVIVA, Folha de São Paulo, 07/11/1986 – No rol do grande debate constitucional, que hoje se trava no Brasil, tem sido relativamente pequeno o destaque dado aos assuntos de família. [...] No topo da publicidade, está a relação igualitária entre marido e mulher. [...] [...].(GUTEMBERG, 1987, p. 84/85)

E para que a mudança do perfil da Família brasileira se tornasse completa e efetiva, também seria necessária a alteração da classificação discriminatória entre os

filhos. A aceitação da pluralidade de entidades familiares era incompatível com as discriminações impostas aos filhos que não eram concebidos por pais casados.

SAULO RAMOS, Estado de São Paulo, 23/02/1986 – [...] Na Constituição atual a Família *está regulada no mesmo título de Educação e Cultura*. Proponho que seja tratada em título especial, pela sua importância [...] Assim, o do estudo propõe a proteção do Estado – e não dos Poderes Públicos – à família como tala reconhecida pelo atual estágio dos costumes brasileiros, isto é, dos casados e dos não-casados, mas que vivem em união equivalente, embora em situações jurídicas diversas [...] Na verdade, porém, a norma prepara uma profunda alteração no direito brasileiro, que somente pode ser feita com a força cogente da Constituição [...] Com isso ficará, para sempre, eliminada do direito pátrio a vergonhosa discriminação legal contra os filhos, hoje classificados em legítimos, ou ilegítimos, naturais, adulterinos, incestuosos ou espúrios [...] Somente a força do direito fundamental poderá varrer imediatamente as diferenças, que tanto nos envergonham e ainda existem na legislação ordinária [...] Ora, todos sabem que tais discriminações tiveram origem, principalmente, em razões patrimoniais [...](GUTEMBERG, 1987, p. 82/83)

Ao término dos debates, o resultado foi uma profunda alteração no texto constitucional, e uma evolução considerável no que diz respeito ao Direito de Família. A postura aberta da Assembléia Constituinte, gerando debates e buscando ao máximo a correspondência da Constituição com a realidade social tornou a Constituição promulgada em uma efetiva Constituição normativa, relacionada com a realidade social circundante, e normatizadora das condutas sociais reguladas.

### 2.3.2 A Constituição de 1988.

O processo de democratização vivido pela sociedade brasileira no momento que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988, e a participação popular durante a Constituinte conferiram ao corpo normativo uma quantidade de direitos e garantias aos cidadãos a ponto de torná-la conhecida como “Constituição Cidadã”. A Constituição de 1988 efetivamente alterou a concepção do Estado brasileiro nos mais

diversos aspectos, mudando paradigmas da ordem jurídica que a antecedeu, e não foi diferente em relação à Família.

O preâmbulo exprime as principais características do texto constitucional: a formação de um Estado Democrático, garantidor de direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. O seu primeiro artigo também não deixa por menos: designa como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, destacando que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio dos seus representantes eleitos.

Entre os objetivos fundamentais da República estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia de desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme o artigo terceiro.

O artigo 5º da Constituição garante, em seus setenta e sete incisos, os direitos e garantias fundamentais, especificamente os direitos e deveres individuais e coletivos. Destaca-se a igualdade plena entre todos, especialmente entre homens e mulheres, a legalidade, a liberdade de pensamento, de crença, de consciência e de expressão, a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, entre outros, alguns já conhecidos pela sociedade, outros conquistados durante a evolução social.

No meio de todas essas mudanças inclui-se a proteção à Família. Há no Título VIII, da Ordem Social, um Capítulo destinado à Família, à Criança, ao Adolescente e ao Idoso, o Capítulo VII. Seguindo a tendência de democratização, igualdade,

dignidade, pluralismo, abertura e ausência de discriminação, o artigo 226 da Constituição mudou o perfil da Família constitucionalmente protegida.

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

§ 1º. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§ 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade 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.

O constituinte não apresentou um conceito do que seria a Família, porém expressamente aumentou a abrangência da proteção, ao excluir do *caput* a menção ao matrimônio. Este não deixou de ser previsto, mas foi colocado em parágrafos, ao lado de outras entidades familiares.<sup>35</sup>

A ausência de conceituação da Família dentro do corpo da Constituição foi, sem dúvida, uma opção do constituinte. A limitação anterior impediu a conexão das Constituições anteriores com a Sociedade em razão da inflexibilidade, sendo necessária alteração do texto para acompanhar as mudanças comportamentais em relação à Família.

---

<sup>35</sup> Para o objetivo do nosso trabalho, a Constituição não diferencia o significado de “família” e de “entidade familiar”, que serão utilizados como sinônimos. No entanto, no momento da promulgação da Constituição, alguns autores fizeram diferenciação a nosso ver descabida, afirmando que Família seria somente decorrente do casamento, e que entidade familiar é protegida mais é inferior à Família. “Não obstante a ousadia do reconhecimento da união estável, a norma constitucional foi deveras imprecisa e até mesmo infeliz, na tentativa de distinguir o termo ‘família’ do utilizado, ‘entidade familiar’, pois, deu margem a entendimentos que pretendiam desclassificar esse tipo de união como constituidora de família.” (GOMES, R. 1996, p. 72)

A norma que regula a proteção à Família na Constituição de 1988 é sem dúvida aberta<sup>36</sup>, ao garantir, no *caput* do art. 226, a proteção à família como base da sociedade, sem delimitar a qual família, tampouco definir o que é família, deixando ao intérprete a tarefa de conceituá-la. Assim possibilitou a proteção de novas formas de conjugalidade, não advindas exclusivamente do casamento civil ou religioso.

Conforme Renata Raupp GOMES

Felizmente a Constituição de 1988 fornece as bases mínimas para a consolidação do novo paradigma jurídico-familiar, restando a própria sociedade o exercício de sua constante adequação e atualização aos condicionamentos e dilemas cotidianos (GOMES,R., 1996, p.115)

A aceitação de outras entidades familiares como objeto de proteção jurídica, especialmente Constitucional, trouxe finalmente à sociedade brasileira um alívio. De qualquer forma, mesmo havendo abertura conceitual no *caput*, os incisos do referido artigo fizeram menção à proteção de grupos específicos de entidades familiares não centrados exclusivamente no casamento a fim de impor normatividade e condicionar o intérprete a aceitar situações específicas. A seguir será feita uma breve análise destas entidades.

A primeira entidade familiar protegida é a decorrente do casamento, porém sem a exclusividade antes reservada. A Constituição menciona a forma civil, com celebração gratuita, e prevê a possibilidade do casamento religioso gerar efeitos civis, nos termos da lei ordinária. Desta forma, mantém a tradição já consagrada no constitucionalismo pátrio.

O destaque, no entanto, está na consagração da igualdade entre os cônjuges. Este preceito constitucional refletiu diretamente na legislação ordinária, uma vez que

---

<sup>36</sup> Sobre abertura das normas constitucionais ver referências a Konrad HESSE e J.J. Gomes CANOTILHO efetuadas no Capítulo I.



até então ainda era válida a norma do código civil que dispunha sobre a administração da sociedade conjugal pelo cônjuge varão, ainda que amenizada pelo Estatuto da Mulher casada.<sup>37</sup>

A conquista da igualdade jurídica entre os cônjuges na administração da sociedade conjugal demonstra que, finalmente, houve o reconhecimento e proteção pela Constituição de uma mudança social. A elevação ao patamar constitucional demonstra um rompimento total do constituinte com a concepção desigual e patriarcal de sociedade conjugal. Há uma harmonia constitucional: a igualdade constitucional entre os cônjuges é fundamental para o alcance dos valores supremos descritos no preâmbulo.

Contudo, o impacto jurídico e social foi gerado com o parágrafo terceiro da Constituição que reconheceu expressamente como entidade familiar a união livre entre homem e mulher com objetivo de constituir família. Mesmo que já houvesse a abertura do conceito no *caput*, referido parágrafo destacou a proteção ao que denominou união estável.<sup>38</sup>

A união estável está ao lado do casamento, não havendo hierarquia entre as entidades familiares<sup>39</sup>. Evidentemente que a formação é diferenciada, já que o

---

<sup>37</sup> Sobre o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4121/62) ver comentários anteriores.

<sup>38</sup> Não se pretende, neste trabalho, fazer uma análise sobre a constitucionalização da união estável, tampouco analisar as suas características. Sobre a união estável após a Constituição recomenda-se os seguintes trabalhos: AMIN, Jamil Salim. A união estável no Brasil a partir da Constituição federal de 1988 e leis posteriores : aspectos pessoais e patrimoniais. Florianópolis : UFSC : 2001. 113 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 2001. Orientador(es): VERONESE, Josiane Rose Petry; BORGES, Rita Edite Lopes. A intervenção do Estado na relação de família após a Constituição Federal de 1988. Florianópolis : UFSC : 2001. 145 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 2001. Orientador(es): BORGES FILHO, Nilson; AMOS, Carmem Lucia Silveira. De relação existencial de fato a realidade jurídica : uma perspectiva da família sem casamento. Florianópolis : 1997. 243 p. Tese (Doutorado em Direito ) - Universidade Federal do Paraná, 1997. Orientador(es): FACHIN, Luiz Edson.

<sup>39</sup> Um dos principais argumentos para existência de hierarquia foi a utilização da expressão “entidade familiar”, o que suscitou debates após a promulgação da Constituição sobre a existência ou não de hierarquia entre as “famílias” originadas do casamento e as “entidades familiares” originadas da união estável, conforme levantado em nota anterior. Outro fundamento para a hierarquia entre casamento e

casamento pressupõe diversas formalidades e solenidades, e a união estável depende da configuração de uma situação fática. Contudo, embora não se assemelhem quanto à origem, merecem igual proteção como Família que são. O respeito ao pluralismo e a igualdade são fundamentos da Sociedade Constitucional, sendo inadmissível qualquer discriminação.

Outra inovação do texto constitucional foi a introdução expressa da proteção à Família monoparental<sup>40</sup>, formada pela comunidade de um dos pais e os filhos. Nesta entidade familiar não há um casal, ou uma sociedade conjugal, mas somente um adulto, viúvo, solteiro, separado, divorciado, e sua prole.

O conteúdo desta norma pôs fim à exclusão da proteção como famílias de agrupamentos em que não há conjugalidade. “Neste sentido amplo observa-se a família como reflexo de uma realidade social onde pessoas solteiras ou descasadas, vivem sozinhas com os filhos, sem a permanência do parceiro amoroso” (GARCIA, 2003, p.117).

Além das mudanças previstas no art. 226, outras importantes e efetivas mudanças trazidas pela Constituição de 1988 estão no art. 227<sup>41</sup>:

---

união estável seria a parte final do parágrafo terceiro, que dispôs que a lei facilitará a conversão em casamento. “a Constituição de 1988 institucionalizou a união estável abaixo do casamento, mas neste podendo se converter.” (FREITAS,1997, p. 41) Totalmente descabida, preconceituosa e conservadora essa diferenciação. Não há hierarquia entre união estável e casamento – todas são entidades familiares, ou famílias. Não há porque se diferenciar ou hierarquizar família – a proteção constitucional é exatamente a mesma.

<sup>40</sup> Não é objetivo deste trabalho uma análise aprofundada sobre a família monoparental. Sobre este assunto, se recomenda a leitura dos seguintes trabalhos: LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997; FINARDI, Dulce Irene. O repensar de um cenário : a família monoparental e a situação jurídica da criança na captura dos laços conjugais. Florianópolis : UFSC : 2001. 87 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 2001. Orientador(es): VERONESE, Josiane Rose Petry.

<sup>41</sup> Sobre a proteção dos direitos das crianças e adolescentes recomenda-se a leitura de: VERONESE, Josiane Rose Petry. Acesso à justiça : a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente - ficção ou realidade? Florianópolis : UFSC : 1994. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 1994. Orientador: CARLIN, Volnei Ivo; VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamaso. Infância e adolescência, o conflito com a lei : algumas discussões. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2001.; VERONESE, Josiane Rose

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

[...]

§ 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.

A prioridade absoluta concedida às crianças e aos adolescentes como dever da Família, da Sociedade e do Estado trouxe uma mudança de enfoque de sua posição familiar em relação aos pais: deixam de ser objeto de direito para se tornarem sujeitos de direitos. Desta forma, altera-se inclusive o objetivo do poder familiar, pois os pais possuem mais deveres do que direitos sobre a pessoa dos filhos.

Harmonizando a Família com a nova ordem plural, equipararam-se os filhos de todas as origens, não havendo mais que se fazer a distinção entre legítimos e ilegítimos, naturais, adulterinos ou adotivos. Não há mais ligação do *status* de filho ao relacionamento dos pais, pois todos são amparados igualmente, inclusive os adotados. Prevalece a proteção igualitária dos filhos.

### 2.3.3 Reflexos das mudanças constitucionais na ordem jurídica brasileira

O impacto das mudanças trazidas com o texto constitucionais sobre a família foi imediato e abalou toda a ordem jurídica infraconstitucional. Estava em vigor à

---

Petry. Temas de direito da criança e do adolescente. São Paulo : LTr, 1997.; VERONESE, Josiane Rose Petry. Os Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1999.; SILVA, Moacir Motta da; VERONESE, Josiane Rose Petry. A Tutela Jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: LTr, 1998.

época o Código Civil de 1916, editado ainda sob a égide da Constituição liberal de 1891, com bases patrimonialistas e patriarcal.

Em relação à família, possuía uma visão diretamente ligada ao casamento solene como única forma de Constituição de família, mais preocupado com a transmissão e administração do patrimônio do que com a proteção dos seus membros. Mantinha ainda a visão patriarcal da família, com a mulher dependente do marido e os filhos somente legítimos se oriundos do casamento.

A Constituição de 1988 rompeu definitivamente esses dogmas conservadores, instituindo uma nova ordem em relação à família. Esse rompimento teve efeito imediato, tirando a eficácia das normas que contrariassem os preceitos constitucionais. O Código Civil de 1916, já obsoleto na parte de direito de família, tornou-se ineficaz em muitos dispositivos.<sup>42</sup>

Num sentido amplo, contextualizado, a família se define juridicamente, nesse momento contemporâneo, na passagem do Código à Constituição. Com vigência da Constituição de 1988, que chamou para si o papel de lei fundamental da família até então ocupado pelo Código Civil de 1916 e leis esparsas. Enfim, simbolicamente, o século XIX terminou formalmente. Há um “código constitucional”, novo horizonte de aplicação direta e imediata, vinculante. (FACHIN, L. 2003, p. 81).

Todos os dispositivos do Código Civil de 1916 de índole patriarcal, que previam a desigualdade entre os cônjuges na administração da sociedade conjugal, e os que diferenciavam o exercício do poder familiar foram excluídos da ordem jurídica brasileira, que rompeu, ao menos formalmente, com todas as diferenças entre os gêneros. Também os artigos que distinguiam a filiação sofreram estes efeitos.

Apenas três artigos da nova Constituição alteraram em profundidade o arcabouço jurídico da família brasileira. Embora de número reduzido, estas normas atingiram mais de 60 artigos do Código Civil, revogando-os ou derogando-os. Alcançaram ainda, com idênticos efeitos, a Lei 883, de 21.10.49, que dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos e a Lei do Divórcio, Lei 6.515, de 26.12.77. (FERNANDES, 1990, p. 16)

---

<sup>42</sup> Sobre a Constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos, ver referência no Capítulo I.

No entanto, algumas matérias novas introduzidas pela Constituição, como a união estável e a família monoparental careciam de regulação, mas nem por isso deixaram de ser imediatamente adotadas.

A união estável já tinha precedentes judiciais, como a súmula 380, que foi utilizada de início, mesmo ficando muito aquém dos anseios da nova ordem familiar. Após alguns anos, foram editadas leis ordinárias regulamentando a matéria. Em 29 de dezembro de 1994 foi aprovada a Lei 8.971, regulando a sucessão e o direito à alimentos do companheiro, e em 10 de maio de 1996, a Lei 9.278 regulando o § 3º da Constituição Federal.

Já havia um projeto de Código Civil tramitando no Congresso, desde 1975. A opção por leis ordinárias para regular a matéria introduzida pela Constituição foi apenas a maneira mais rápida e eficaz, mesmo que insuficiente, de solução da ausência de regulação da união estável.

Finalmente, em 10 de janeiro de 2002 foi publicada a Lei 10.406, instituindo o Novo Código Civil Brasileiro<sup>43</sup>. Mesmo sendo posterior à Constituição, o Código não correspondeu às expectativas dos operadores do direito, não conseguindo compreender a grandeza da proteção constitucional à família.

Por ter iniciado a tramitação em 1975, sob à égide de outros princípios constitucionais, o Novo Código Civil não conseguiu uma harmonização plena com os preceitos da nova Constituição. Sem dúvida algumas emendas foram feitas, a fim de tentar adaptá-lo aos novos paradigmas familiares, mas não foram suficientes, porque foram pontuais e não sistemáticas.

---

<sup>43</sup> Não se pretende aprofundar a discussão sobre o Novo Código Civil, mas não se pode deixar de tecer breves comentários, especialmente sobre a regulamentação das novas entidades familiares expressamente previstas na Constituição.

A união estável mereceu um Título inteiro, mas com singelos cinco artigos, o que deixou a desejar, mesmo que se compreenda que é uma situação predominantemente fática, e que excesso de regulação poderia engessar uma instituição factual. De qualquer forma, o Novo Código aproximou os efeitos da união estável com os efeitos do casamento, em especial no que diz respeito ao regime de bens, deveres decorrentes da união, alimentos e parentesco.<sup>44</sup> No entanto, na parte referente à sucessão da companheira, houve uma distinção evidente e desproporcional, já que a Constituição não faz distinção entre as entidades familiares.

Outro aspecto familiar inovador deixado de lado está relacionado a família monoparental, que sequer foi mencionada no Novo Código Civil. Assim, é

---

<sup>44</sup> Por muito tempo os efeitos patrimoniais de uma união estável eram reduzidos em relação ao casamento no âmbito do Direito de Família. Atualmente as relações não eventuais entre homem e mulher constituem união estável, regulada nos artigos 1.723 a 1.726 do Código Civil. Não se pode afirmar que a união estável é instituto equivalente ao casamento, pois possuem origens diversas. O casamento se origina de um ato solene e formal gerador de um vínculo jurídico, e a união estável decorre de um fato contínuo perceptível socialmente. No entanto, o tratamento dispensado pela legislação de família torna semelhantes os efeitos. Por ser uma entidade familiar envolvendo a conjugalidade, algumas características devem ser perceptíveis nessas uniões. Devem ser contínuas, públicas e duradouras, e estar imbuídas do intuito de constituir família, ou seja, compartilhar uma vida em comum. Desta forma, decorre que os envolvidos, denominados companheiros, assumem entre si deveres similares aos do casamento, ou seja, de lealdade ou fidelidade e de mútua assistência moral e material. A semelhança atual com o matrimônio ainda prescreve que pessoas impedidas de casar não podem constituir união estável, a fim de evitar conflitos entre os institutos, já que os impedimentos matrimoniais são de ordem pública e visam evitar uniões de pessoas que desrespeitariam alguns fundamentos do direito de família, como a monogamia e a proibição do incesto. A única diferença nesta seara entre o casamento e a união estável é que pessoas já casadas não podem casar sem antes dissolver juridicamente o vínculo matrimonial anterior, mas é permitido que pessoas casadas juridicamente, mas separadas de fato, ou seja, que não mais convivem, podem formar uma união estável reconhecida. Em relação aos efeitos patrimoniais, as uniões estáveis atualmente estão praticamente equiparadas ao casamento, salvo pequenas peculiaridades. O artigo 1525 prevê a aplicação no que couber do regime de bens de comunhão parcial, e ainda a possibilidade de escolha de regime diverso. Ou seja, aos bens adquiridos durante uma união estável deve ser dispensado tratamento equivalente ao casamento, não havendo mais que se falar em comprovação de esforço comum. A união estável também gera parentesco por afinidade com os parentes do companheiro, da mesma forma que o casamento. Os companheiros portanto são ligados pelos laços de afinidade com os ascendentes, descendentes e irmãos do outro, conforme o artigo 1595 do Código Civil. E na questão de alimentos também há uma equivalência entre os direitos dos cônjuges entre si e dos companheiros, quando existir direito a tal prestação. A igualdade de tratamento jurídico dispensado à união estável e casamento somente é rompida no direito sucessório, pois existe diferença de tratamento hereditário ao cônjuge e aos companheiros. No entanto, sem entrar no mérito da discussão, há que se reconhecer que há previsão de direitos hereditários aos cônjuges e aos companheiros, o que é inconstitucional e despropositado. Se, por um lado, no Direito de Família a união estável e o casamento caminham juntos no que diz respeito à alimentos, regime de bens, dissolução, no Direito Sucessório há uma tentativa de desvalorizar a companheira, com regras sucessórias diferenciadas e discriminatórias. (Ver artigos 1790 e 1829 e ss do CC)

lamentável que o Código Civil de 2002 tenha sobrevivido à Constituição de 1988 destoando dela, frustrando neste ponto o avanço que a Carta Política ensejou.

De qualquer forma, independente dos reflexos diretos da mudança constitucional na legislação ordinária, não há como se negar a evidente alteração da concepção de família antes aceita, ante a abertura constitucional. A Constituição influencia diretamente em toda ordem civil, não se limitando às regulações legislativas infraconstitucionais.

Desta forma, conhecer o que é Família na ordem jurídica brasileira vai muito além de estudar as concepções da legislação ordinária. Conforme se destacou no início deste capítulo, para se ter uma noção do que é família é necessário contextualizar na sociedade e no tempo, por ser uma realidade dinâmica.

Como se nota, o Direito Privado assume uma nova dimensão, absolutamente diversa daquela em que foi editado o Código Civil: institutos fundamentais radicam na Constituição, cabendo à legislação infraconstitucional aspectos secundários, sempre em harmonia com os valores posicionados pelo poder constituinte encarregado de elaborar a atual Constituição (OLIVEIRA, 2002, p. 226).

O desafio atual se encontra em reconhecer quais os limites interpretativos do texto constitucional<sup>45</sup> ante a realidade jurídico-social brasileira para que se possa definir o que é Família, e quais os modelos de entidades familiares que podem ser objeto de amparo legal, já que a abertura da norma constitucional não significa omissão.

“segundo o raciocínio ainda dominante, como determinada situação concreta não está prevista expressa e casuisticamente, não se reconheceria legislação aplicável, mesmo na presença de cláusulas

---

<sup>45</sup> Como característica do fenômeno de constitucionalização do direito civil, ensina Gustavo TEPEDINO: “Pode-se dizer, portanto, que na atividade interpretativa o civilista deve superar alguns graves preconceitos, que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Em primeiro lugar, não se pode imaginar, no âmbito do direito civil, que os princípios de direito constitucional sejam apenas princípios políticos [...] em segundo lugar não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. [...] No caso dos princípios constitucionais, esta posição representaria uma subversão da hierarquia normativa. [...] Em terceiro lugar, no que tange à técnica interpretativa, não pode o operador manter-se apegado à necessidade de regulação casuística, já que o legislador vem alterando a sua forma de legislar, preferindo justamente as cláusulas gerais.” (TEPEDINO, 2004, p. 18)

gerais que, versado sobre a espécie, seriam consideradas como mero programa de ação legislativa, endereçadas ao legislador futuro. Trata-se de grave equívoco de rota, incompatível com a política legislativa atual. As Constituições contemporâneas e o legislador especial utilizam-se de cláusulas gerais convencidos que estão da sua incapacidade, em face da velocidade com que evolui o mundo tecnológico, para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere. Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção. (TEPEDINO, 2004, p. 19)

Para tanto, é necessário um estudo da mudança paradigmática no conceito de família advindo da Constituição, aliada a uma interpretação concretista da Constituição, na busca da conformação com a realidade que a circunda. Este será o objeto do próximo capítulo.



## CAPITULO III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS UNIÕES DE PESSOAS DO MESMO SEXO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

### 3.1 A concepção atual de Família

Através da análise da evolução do tratamento legal-constitucional dispensado à família, realizada no capítulo anterior, foi possível constatar que sua a concepção legal acompanhou as transformações sociais ocorridas, mesmo que em um ritmo mais lento, com vistas à proteção das novas manifestações de entidades familiares aceitas pela Sociedade.

O ponto culminante da evolução legal-constitucional foi o artigo 226 da Constituição Federal, norma aberta que garante a proteção constitucional prevista no *caput* à família sem conceituá-la nem restringi-la, cabendo ao intérprete a tarefa de adequar o conceito no momento da concretização.

Desta forma, para que se possa identificar a família constitucionalmente protegida se faz necessária uma análise da concepção familiar aceita atualmente pelos interpretes do direito. Através da identificação desta concepção, seus elementos e objetivos, será possível a correta interpretação do artigo 226 da Constituição Federal.

Quando se fala em Família, se pensa nos laços mais estreitos que unem os seres humanos, em especial no parentesco, decorrente da descendência biológica, da adoção, ou ainda da afinidade, bem como na conjugalidade, relação amorosa entre duas pessoas com intuito de buscar uma vida em comum. O enfoque deste Capítulo

está nas uniões conjugais, especialmente nos motivos que levam duas pessoas a se unir e eventualmente gerar filhos.

### 3.1.1 Mudança de Paradigmas

A Sociedade ocidental por muito tempo aceitou como único modelo familiar legítimo o patriarcal fundado no casamento solene, indissolúvel e sacralizado, predominante até o início do século XX. No Brasil, esse foi o modelo vigente até a Constituição de 1988, mesmo amenizado em relação à dissolução do vínculo desde a Emenda Constitucional 9/77.<sup>46</sup>

Gradativamente, conforme se operavam as mudanças sociais, também o casamento foi mudando o seu perfil. Questões patrimoniais deixaram de ser prioritárias<sup>47</sup>, e o instituto foi se tornando cada vez menos um negócio para constituição de família e transmissão de patrimônio, e mais uma opção dos noivos na busca da realização individual. O casamento passou a se realizar em razão do amor e do afeto.

Parece inegável que a família, como realidade sociológica, apresenta, na sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da Sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais. O descompasso do tempo contemporâneo com a imagem clássica se revela, presentes as novas tendências que já batem às portas [...] aquele Código clássico é surpreendido pela engenharia genética, e a concepção sociológica plural fragmenta o discurso jurídico monolítico da unidade conceitual da família. [...] A afetividade assume dimensões jurídicas. (FACHIN, 2003, p. 49)

---

<sup>46</sup> Sobre a evolução da concepção jurídica de Família ver Capítulo II.

<sup>47</sup> Como exemplo da alteração do caráter patrimonial, pode-se citar o exemplo do regime dotal, previsto no Código Civil de 1916, que foi caindo em desuso com o tempo a ponto do Código Civil de 2002 sequer mencioná-lo.

A alteração do perfil do casamento, e dos relacionamentos em geral, acarretou um novo enfoque da comunidade familiar, antes voltado para a aceitação externa e conveniência social, para uma busca interna e conveniência individual.

A independência feminina refletiu diretamente na transformação. As mulheres saíram do seio doméstico para o trabalho externo, propulsionaram também alteração na questão da subordinação ao marido e da educação dos filhos. Aliás, o número de filhos do casal também foi afetado pela mudança na divisão de tarefas do casal, sendo imperativa a sua redução.

Para compreender o Direito de Família contemporâneo e os julgamentos que se faz dos litígios que são levados ao Judiciário, é necessário entender que a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução para se tornar muito mais o espaço da livre expressão do amor e do afeto. Essa mudança histórica tem suas raízes na Revolução Industrial, nas idéias de liberdade, igualdade e fraternidade que deram as bases da grande revolução do século XX: o movimento feminista. E com este, o declínio do patriarcalismo. (PEREIRA, R., 2000, p. 61)

Ainda, houve um distanciamento entre Igreja e Estado que atingiu diretamente a estrutura jurídica brasileira do casamento na segunda metade do século XX, culminando na admissibilidade do divórcio como causa de dissolução do vínculo conjugal em 1977, com o rompimento material do casamento civil com o religioso<sup>48</sup> aliado ao posterior reconhecimento constitucional de proteção a outras entidades familiares pela Constituição de 1988.

Com a nova ordem constitucional, desfez-se a exclusividade do matrimônio, e a pluralidade teve garantido o seu espaço. Destaca-se especialmente o reconhecimento de efeitos jurídicos às famílias de fato de pessoas de sexo diverso, ou seja, aquelas

---

<sup>48</sup> O rompimento formal do Estado com a Igreja em relação ao casamento se deu com a Constituição de 1891, conforme mencionado no Capítulo I.

geradas no seio da Sociedade independente de uma solenidade jurídica para a Constituição de um vínculo.

Analisando as importantes mudanças na questão familiar advindas da Constituição de 1988 não há como se negar a mudança paradigmática ocorrida. A velha família patriarcal e matrimonial, fundada em preceitos ético-religiosos cedeu lugar à liberdade e pluralidade de entidades familiares. Houve flexibilização no direito de família, que, ao invés de delimitar as entidades familiares constitucionalmente amparadas, oportunizou aos cidadãos a liberdade de opção.

Por muitos anos o Direito de Família foi ligado a tabus e preconceitos. O casamento indissolúvel, a legitimidade advinda exclusivamente do casamento, a diferenciação entre filhos, a desigualdade entre homens e mulheres dentro e fora da Sociedade conjugal buscavam tolher e engessar o comportamento social, desestimulando o comportamento que não considerado adequado.

Porém, ao fazê-lo, o legislador não só não evitou as mudanças de costumes sociais, como também, de maneira perversa, penalizou àqueles que não se conformavam ao seu modelo, tolhendo-lhes direitos e desrespeitando a sua individualidade.

A surpreendente revolução dos costumes, decorrente do afastamento entre Estado e Igreja, provocou profundas mudanças no conceito de família, que se distanciou da idéia sacralizada do casamento. Passou-se ao pluralismo de entidades familiares, as quais não mais se condicionam às normatizações existentes [...] O legislador é o grande ditador que diz como as pessoas devem proceder, impondo pautas de conduta afinadas com a moral vigente. Limita-se a regulamentar os institutos que ele tem como socialmente aceitáveis. Qualquer ação diversa do parâmetro estabelecido é tida por inexistente. Negam-se não só direitos. Nega-se a existência de fatos (DIAS, M. B., 2004, p. 34).

O novo paradigma familiar, proposto pela Constituição, é aberto e inclusivo. Não está moldando a família conforme os parâmetros que entende conveniente, mas

deixa ao intérprete a tarefa de concretização conforme a vivência social. Os critérios para inclusão familiar não estão na Constituição, mas sim na avaliação do caso concreto.

[...] o legislador constituinte procurou desembaraçar-se dos parâmetros ultrapassados, que ainda circunscreviam a família na legislação ordinária, pautando o novo paradigma jurídico nas diferentes formas de convivência familiar, reveladas pelo cotidiano da Sociedade atual (GOMES, R., 1996, p. 58)

Todas essas mudanças, potencializadas ao longo do tempo, transformaram o perfil da família brasileira no século XXI. Sendo plural, aberta e inclusiva, resta ao intérprete o estudo dos critérios que levarão a identificar qual é a família constitucionalmente protegida, através da análise dos parâmetros atuais aceitos pela doutrina e Sociedade, sem perder de vista a Constituição.

A pluralidade marca a nova geografia familiar do terceiro milênio. Pessoa e família podem ser redimensionadas adequadamente, para dar sentido, mediante a realização concreta de suas necessidades, à democrática vida em Sociedade, com mais justiça e menos desigualdade. Essa expressiva mudança revela-se marcante na migração do Código à Constituição, isto é, dos direitos civis as direitos fundamentais. (FACHIN, R., 2001, p. 68)

### 3.1.2 Família com base no afeto - ambiente de realização individual da pessoa

A família do século XXI, conforme já afirmado, é plural e multifacetária, ao contrário do modelo familiar ocidental aceito até início do século XX. Uma das molas propulsoras desta mudança foi a busca pela realização do indivíduo. A família deixa de ser uma entidade que objetiva a procriação e a transmissão de patrimônio para se tornar o local de busca pela realização individual do ser humano. Há uma repersonalização no aspecto civil-familiar.

Não faz muito tempo, a concepção que se tinha sobre a família era fechada em si mesma. Havia quase um esquema familiar, cujo núcleo central deveria ser formado, na seguinte ordem, pelo pai, mãe e seus

filhos. Mas a realidade não correspondeu às expectativas de ordenamento social. Ao invés de meros representantes ou expectadores de papéis sociais, as pessoas começaram a se entender como indivíduos e não como peças de uma engrenagem familiar. Apropriaram-se de seus desejos e formaram a própria história. Formaram a sua própria família, com seu jeito, seus valores. Quando o homem entendeu que era possível inventar e escolher seus próprios caminhos deixou de ser mero objeto para tornar-se sujeito. (PEREIRA, R.C., 2003, p. 20)

Houve um alargamento conceitual de Família trazido pela Constituição de 1988, voltado muito mais à proteção da dignidade do ser humano<sup>49</sup>, que deixou de ser mero partícipe da entidade, mas sim o objetivo geral da sua formação. O paradigma do casamento, sexo e procriação não servem mais para identificar um vínculo interpessoal digno de proteção. A família “passou a ser vivenciada como um espaço de afetividade, destinado a realizar os anseios de felicidade de cada um”. (DIAS, M.B., 2003, p. 18)

---

<sup>49</sup> A dignidade humana é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem em sua essência, e está previsto no inciso III, do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. “Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art.1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além, de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constituiu a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.” (SARLET, 2003, p. 102-103). Não se pode negar que “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. A idéia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da Sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, 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 (CF, art. 226, § 7º)”. (MORAES, 2002, p. 60). “Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de auto-determinar sua condita, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade de qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz. Ressalta-se, por oportuno, que com isso não estamos a sustentar a equiparação entre as noções de dignidade e liberdade, já que, como veremos, a liberdade e, por consequência, o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade constituem uma das principais (se não a principal) exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.” (SARLET, 2003, p. 107)

As uniões conjugais de uma forma geral têm como finalidade constituírem um laço familiar que lhes proporcione assistência afetiva, moral e patrimonial.

Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontram desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional insculpido pela Constituição de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios da promoção da dignidade humana, da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade dos seus membros. Família, “repersonalização” e Direitos Fundamentais têm parentesco epistemológicos indiscutível. Em verdade, os direitos fundamentais propriamente ditos se ocupam, com especial ênfase, do princípio da dignidade humana. (FACHIN, R., 2001, p. 67)

E nessa busca pela realização como ser humano as famílias hoje já não são vistas de forma homogênea. “No momento em que a família passou a ser identificada pela presença de um elo de afeto, os vínculos da parentalidade vêm sendo definidos pela identidade sócio-afetiva, e não pela consangüinidade” (DIAS, M.B., 2004, p. 19).

A conjugalidade também foi afetada pelo novo perfil de família: além de serem concebidas novas formas, os relacionamentos duram o tempo condizente com a existência do afeto. Esse fato, porém não tira a característica de permanência destas instituições; quando se originam, evidentemente não se pensa no fim, almeja-se que sejam eternas; mas, já que prevalece hoje o anseio individual do ser humano na busca pela sua felicidade, são eternas enquanto duram, conforme Vinicius de MORAES<sup>50</sup>.

O casamento é mais que uma instituição religiosa e jurídica: para a maior parte das pessoas é um sonho de felicidade. [...] Curiosamente, os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

---

<sup>50</sup> Vinicius de Moraes (1913-1980) Obras principais: Novos poemas (1938); Cinco elegias (1943); Poemas, sonetos e baladas (1946) Características principais: · Sua tendência ao verbalismo é contida pelo uso freqüente do soneto. · Seu grande tema é o amor. O amor em suas múltiplas manifestações: saudade, carência, desejo, paixão, espanto. Registra uma nova concepção sentimental, mais concreta, mais livre de preconceitos, mais atenta às mulheres. Em seus poemas, destrói noções como a da eternidade do amor - dogma do Brasil patriarcal – em versos célebres como aquele "que seja eterno enquanto dure", extraído do Soneto da fidelidade. [http://educaterra.terra.com.br/literatura/resumao/resumao\\_113.htm](http://educaterra.terra.com.br/literatura/resumao/resumao_113.htm) “De tudo ao meu amor serei atento/Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto/Que mesmo em face do maior encanto/Dele se encante mais meu pensamento. /Quero vivê-lo em cada vão momento/E em seu louvor hei de espalhar meu canto/E rir meu riso e derramar meu pranto/Ao seu pesar ou seu contentamento/ E assim, quando mais tarde me procure/Quem sabe a morte, angústia de quem vive/Quem sabe a solidão, fim de quem ama/ Eu possa me dizer do amor (que tive):/Que não seja imortal, posto que é chama/Mas que seja infinito enquanto dure”. MORAES, Vinicius: "Soneto da Fidelidade", Poesia Completa e Prosa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1983.

apontam para um número crescente de separação de casais (PEREIRA, R.P. 2000, p. 65).

Como conseqüência dessa dissolução de relacionamentos conjugais e formação de novos relacionamentos, as formações familiares decorrentes do parentesco<sup>51</sup>, em especial a filiação, sofrem transformações. A cada novo casamento ou relacionamento podem ser gerados novos filhos, que serão acrescidos aos eventuais filhos de relacionamentos anteriores, convivendo com irmãos unilaterais, ou ainda, com filhos do novo cônjuge ou companheiro de seus pais, que não são seus irmãos.

Ainda, há a ligação através do parentesco por afinidade com os parentes do cônjuge ou companheiro, que não se extinguem na linha reta nem mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável. A cada novo casamento ou união estável, vão se somando o número de sogras e sogros, bem como enteados e enteadas.

A essa teia complexa de relacionamentos ainda soma-se a família monoparental, em que não há um casal, mas sim somente um dos pais e seus filhos.

A procriação também não é mais considerada como um requisito essencial para a existência de um relacionamento conjugal, muito embora por muito tempo tenha constituído requisito essencial para a existência de família.

Hoje a noção de família não se atrela exclusivamente à noção do matrimônio. É possível reprodução sem sexo, sexo sem matrimônio e

---

<sup>51</sup> O parentesco está previsto nos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil de 2002, com o seguinte teor: “Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra. Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem. Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. Art. 1.595 Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. § 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.



também é comum matrimônio sem reprodução. Como se vê, outros são os enfoques da noção de família, alternando-se os paradigmas e princípios estruturadores do direito. Sexo, casamento e reprodução desatrelaram-se, alternado as matizes da organização da família, antes constituída apenas pelo casamento. (FUNGIE, 2002, p. 134)

Assim, o novo paradigma familiar está centrado no afeto e na solidariedade como forma de constituição. A tutela das relações familiares é feita “valorizando-se os laços afetivos que se traduzem numa comunhão espiritual de vida a serviço da solidariedade e dignidade humanas” (RAMOS, C., 1997, p. 137) A família está voltada para realização afetiva individual de seus membros, como forma de realização da sua dignidade.

A dignidade da pessoa humana, reconhecida no ápice do ordenamento jurídico-constitucional, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e pleno desenvolvimento, daí o comando constitucional dirigido ao Estado para que preste especial e efetiva proteção à família, independente de sua espécie. Propõe-se, através da repersonalização das entidades familiares, preservar e proteger o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada integrante do grupo, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos, e, principalmente, humanistas. (GAMA, 2000, p. 60)

Desta forma, o Estado não mais se preocupa somente em proteger a família como instituição, mas também os interesses individuais de cada um dos seus membros enquanto sujeitos de direito. (CASABONA, RIASP, p. 119). Nesta busca pela consecução da dignidade de cada um dos membros da família é que se deve analisar o relacionamento afetivo de pessoas do mesmo sexo e enquadrá-lo como entidade familiar.

## 3.2 Relacionamentos de pessoas do mesmo sexo

Para uma melhor compreensão dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, será feita uma breve análise da homossexualidade como uma das formas de manifestação. No entanto, como será exposto, existem terminologias diferenciadas utilizadas rotineiramente para distinguir as formas de comportamento sexual, que em geral são discriminatórias e excludentes. Antes de serem debatidas, pretende-se deixar claro que a abrangência deste estudo não pretende limitar-se às uniões homossexuais em sentido estrito, mas a qualquer relacionamento de pessoas do mesmo sexo.

### 3.2.1 Homossexualidade

A primeira questão que se deve esclarecer é a terminológica a fim de definir-se qual termo será utilizado para referir-se à união de pessoas do mesmo sexo: homossexual, homoafetiva ou homoerótica. Todas têm em comum o elemento grego *homo* ou *homeo*, que significa semelhante, igual, análogo.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Outras expressões ainda designam a questão do relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo, como sodomia, pederastia, lesbianismo, uranismo, safismo e tribadismo. Sodomia designa o coito anal de homem com homem, homem com mulher ou homem com animais. O nome vem em homenagem à cidade bíblica de Sodoma, que foi destruída por Deus juntamente com Gomorra, em razão dos pecados de seus habitantes. (BRITO, 2000, p. 44). Pederastia vem do grego *paidos*, que significa criança, e *erastes*, que significa amante. O nome tem origem de uma antiga prática grega de atos sexuais com crianças, não necessariamente com coito anal, mas hoje pode se utilizar também para significar a relação entre dois homens adultos. (BRITO, 2000, p. 44). Uranismo também refere-se à relações homossexuais entre homens, e tem como origem a deusa Urânia, epíteto de Vênus ou Afrodite, deusa do amor e da beleza. Há uma repugnância ao sexo feminino, não relacionada a nenhuma anomalia nos órgãos genitais. (BRITO, 2000, p. 44). Finalmente, em relação à homossexualidade feminina são utilizadas as expressões safismo, lesbianismo e tribadismo. Safismo e lesbianismo referem-se à poetisa grega Sappho, que vivia na ilha de Lesbos, em razão de sua vida sexual. E tribadismo vem da expressão grega *tribás*, que significa esfregar, friccionar. (BRITO, 2000, p. 45).

O termo homossexual é utilizado para referir-se ao comportamento sexual de atração por pessoas do mesmo sexo<sup>53</sup>. A palavra homoafetivo é um neologismo cunhado pela desembargadora MARIA BERENICE DIAS (2001), a qual considera mais adequada para designar o elo que une os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo. E o uso do termo homoerótico seria uma opção, pois além de evitar a conotação preconceituosa do termo homossexual, possui mais flexibilidade e “descreve melhor a pluralidade das práticas ou desejos”, e desassocia do orgânico ou psíquico, retirando qualquer alusão à doença ou anormalidade. (OLIVEIRA, R., 2002, p. 121). No decorrer do presente trabalho, os termos serão utilizados como sinônimos, no intuito de identificar o relacionamento conjugal entre duas pessoas do mesmo sexo.

---

<sup>53</sup> A classificação de comportamentos sexuais é feita desde o século XIX, na crença de que esta divisão ser natural, porém é criticada por alguns autores, como Michel FOUCAULT ou Richard RORTY, pois não existe homossexualidade, heterossexualidade, bissexualidade ou qualquer outra denominação, e sim a sexualidade, voltada para objeto do desejo, qual ele seja (GIORGIS, 2001, p. 147) Relamente, a classificação do comportamento sexual tende a ser discriminatória e excludente. De qualquer forma, para fins didáticos, não pode-se deixar de citar que entre as classificações do comportamento sexual encontram-se a heterossexualidade, a bissexualidade, a transexualidade, intersexualidade, com o travesti e hemafroditas. A homossexualidade se caracteriza pela atração sexual de pessoas do mesmo sexo. Por sua vez, a heterossexualidade caracteriza-se pela atração sexual por pessoas do sexo oposto. A bissexualidade reside na atração sexual sentida por pessoas do mesmo sexo e de sexo diverso. A transexualidade não pode ser simplesmente caracterizada em termos de atração sexual pelo sexo oposto, como se dá na homossexualidade. O que identifica o transexual não é a atração por pessoas do sexo oposto, mas sim a rejeição psicológica do seu sexo biológico. O transexual possui comportamento do sexo oposto, veste-se como alguém do sexo oposto, e muitas vezes realiza cirurgia plástica para alteração de seu tipo físico. Como consequência, sente-se atraído por pessoas que, biologicamente, possuem o mesmo sexo. A grande diferença então entre o homossexual e o transexual não é o seu comportamento sexual, mas sim o seu comportamento social e psicológico. O homossexual homem, por exemplo, veste-se, comporta-se e se aceita como homem. Já o transexual rejeita a sua aparência biológica e o seu órgão genital. Assim, um transexual homem veste-se como mulher, comporta-se como mulher e anseia retirar o órgão sexual masculino na maioria dos casos. “Em outras palavras, são indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino e são portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa, conforme já se acentuou.” (SZANIAWSKI, 1999, p. 49) O intersexual é o indivíduo que possui características somáticas e psíquicas de ambos os sexos, sendo difícil a identificação correta, devendo ser feitos exames especializados para a constatação do sexo predominante. (SZANIAWSKI, 1999, p. 45) Apesar de ser comum a confusão entre os conceitos, o intersexual não se confunde com o hemafrodita. Na realidade, o hemafrodita é um subtipo do intersexual. Os hemafroditas podem ser pseudo ou completos, e alguns autores não crêem na existência do segundo. O travesti, por sua vez, caracteriza-se por utilizar roupas do sexto oposto, e pode ser homossexual ou heterossexual. (SZANIAWSKI, 1999, p. 52)

A questão da origem da homossexualidade é controvertida, e por muito tempo foi tratada como uma forma de comportamento sexual anômalo, ao lado de outras classificações.<sup>54</sup> Ao não aceitar esse comportamento diferenciado, a Sociedade patriarcal androcêntrica<sup>55</sup> excluiu e recriminou esse comportamento através das mais diferenciadas justificativas médicas, psiquiátricas, morais, religiosas e biológicas.

Alguns conceitos médicos tratam a homossexualidade como uma questão de perversão sexual<sup>56</sup>. Na Classificação Internacional de Doenças (CID) já existiu a indicação da homossexualidade, o que foi retirado em uma de suas revisões, ante a sua inconveniência.<sup>57</sup> (RIOS, 2002, p. 112)

---

<sup>54</sup> A questão da homossexualidade não é um tema novo na história da humanidade, porém ainda vem carregado de preconceitos e alcunhas pejorativas. Há notícias de relacionamentos homossexuais desde culturas primitivas, e civilizações antigas, como o Egito, em que existem relatos de uniões entre faraós e jovens rapazes. Na Grécia e Roma antigas, civilizações que influenciaram diretamente a cultura ocidental atual conforme já analisado, há notícias de incentivo à prática homossexual militar, inclusive fazendo parte da educação dos jovens em algumas cidades como Esparta. Ainda, alguns dos grandes personagens da época mantinham relações homossexuais, como filósofos, políticos e soldados. (DAGNESE, 2000, p. 14-16). Na Idade Média no mundo ocidental, especialmente em razão da forte influência da Igreja Católica, as relações entre pessoas do mesmo sexo passaram a ser totalmente contrárias à civilização e punidas severamente, inclusive pela Inquisição que se formou nesse período. (DAGNESE, 2000, p. 16)

<sup>55</sup> A Sociedade androcêntrica gira em torno do poder da figura masculina, excluindo o que não se enquadra neste conceito. O direito sentiu os reflexos conforme a dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal de Santa Catarina por OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues. Para uma crítica da Razão Androcêntrica: Gênero, Homoerotismo e Exclusão da Ciência Jurídica, orientado pela Prof. Dra. Jeaninne Nicolazzi Philippi. Conforme a autora, “o esforço de uma análise de gênero representa, assim, para o fenômeno jurídico, assumir a perspectiva de seres que ocupam uma posição desprivilegiada do ponto de vista do poder, implicando aí não apenas as mulheres, mas todos os outros personagens do cenário social, em especial as pessoas homoeroticamente definidas, uma vez que o androcentrismo sobre a ciência do direito contribui para exclusão daqueles do pleno exercício de seus direitos, furtando-lhes a condição de sujeitos de direito”. (OLIVEIRA, R., 2002, p. 107)

<sup>56</sup> Tem-se como exemplo relatos encontrados em dicionários médicos citados por BRITO (2000, p. 43): Na visão médico-legal de Delton Croce e Delton Croce Junior “configura a atração erótica por indivíduos do mesmo sexo. É perversão sexual que atinge os dois sexos; pode ser portanto, masculino e feminino” [...] o professor Guilherme Oswaldo Arbenz entende que “é inversão sexual que se caracteriza pela atração sexual por pessoas do mesmo sexo” (BRITO, 2000, p. 43)

<sup>57</sup> A CID de 1975 possuía um código (CID 302.0) como diagnóstico psiquiátrico, no capítulo destinado às doenças mentais, sendo classificado como desvio e transtorno sexual. Em 1985, numa das revisões periódicas do CID, deixou de ser considerado como uma doença por si só, mas como causa de desajustamento social como também é a discriminação política e religiosa. O nome também mudou: deixou-se de falar em homossexualismo, pois o sufixo ismo significa doença, e passou a ser tratado como homossexualidade, pois o sufixo dade serve para designar modo de ser. (BRANDÃO, 2002, p. 20).

A Psiquiatria tratou por muito tempo a homossexualidade como doença. No entanto, esse posicionamento já foi superado, e a psicologia não busca mais alterar a orientação sexual da pessoa, visto que não se trata o que não é doença, mas auxilia na redução de eventual sofrimento psíquico causado pela discriminação e preconceito. (RIOS, 2002, p. 113)

Ainda, existe a defesa de que a homossexualidade não é uma opção, mas sim determinada por fatores biológicos, sociais, ou ambos. Não se escolhe ser homossexual, pois esta é parte integrante de sua personalidade que se desenvolve com o indivíduo (VARELLA, 2000, p. 54-55).

No plano moral-religioso a homossexualidade ainda é vista como uma conduta reprovável e pecaminosa. Conforme destaca RIOS (2002, p. 100-101):

**Toda pratica sexual não reprodutiva é qualificada negativamente, importando em transgressão no plano divino e afastamento da vida espiritual. A censura aqui decorrente a atos homossexuais é de todo lógica, pois esses carecem de finalidade reprodutiva e são havidos fora do espaço matrimonial. São tidos como ofensa ao Criador e à natureza, decorrentes da luxuria e concupiscência.**

Todas as exclusões e discriminações serviram como base para fortificação da dominação masculina na Sociedade patriarcal.<sup>58</sup>

O fato é que o comportamento homossexual não pode mais ser visto como uma doença ou aberração comportamental, que não condiz com uma Sociedade aberta e plural. Independentemente de sua origem ser genética ou comportamental, ou ainda originária de uma simples opção pessoal, não se pode deixar de reconhecer e respeitar

---

<sup>58</sup> Michel FOUCAULT, em sua obra História da Sexualidade, afirma que a sexualidade deve ser destacada no aspecto discursivo, pois o discurso que a inclui em um processo patológico solicita intervenções terapêuticas de normalização.(FOUCAULT, 1990, p. 57) Desta forma, “o advento de uma multiplicidade de discursos psiquiátricos, jurisprudenciais e literários sobre a homossexualidade [...] proporcionou avanços em termos de controle sociais nesta região de perversidade” (OLIVEIRA, R., 2002, p. 127)

a existência deste tipo de relacionamento no seio social, e portanto analisar os seus reflexos jurídicos.

Saber se a homossexualidade é algo adquirido ou congênito não é nada pacífico. Para a Psicologia, trata-se de um “distúrbio de identidade ou “fruto de um determinismo primitivo”. Mas não é doença, nem é hereditário. A moral católica tradicional repugna categoricamente a homossexualidade [...] mas não autoriza qualquer sinal de discriminação injusta contra essas pessoas. [...] O Estado que deve perseguir o bem de todos, não precisa aprovar ou desaprovar os atos de homossexualidade. Mas [...] a prestação do Estado pode endereçar o uso dos bens ou recursos materiais baseado no convívio homossexual (FONSECA, 2003, p. 32)

### 3.2.2 Relacionamentos de pessoas do mesmo sexo: semelhanças com entidade familiar

A crescente aceitação social dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo fez com que saíssem da marginalidade jurídica, uma vez que geram conseqüências no plano fático. Mesmo que ainda seja analisado de forma tímida, já se ouve o rumor de um debate jurídico sobre o tema.

Com a evolução dos costumes, a mudança dos valores, dos conceitos de moral e do pudor, o tema referente à opção sexual deixou de ser “assunto proibido” e hoje é enfrentado abertamente [...]. Ainda que a Sociedade se considere heterossexual, 10% dela é formada por homossexuais. As culturas ocidentais contemporâneas estigmatizam aqueles que não têm preferências sexuais dentro de determinados padrões de estrita moralidade, renegando-os à marginalidade. (DIAS, M. B., 2000, p. 5-6)

No âmbito específico do direito de família, existem divergências sobre a possibilidade de reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo como

entidades familiares. A ausência de previsão constitucional e legal<sup>59</sup> expressa é o principal motivo para a negativa desta possibilidade.

A Constituição Federal de 1988 deixa expresso que outras realidades sociológicas, além das uniões matrimoniais, constituem autênticas famílias, na acepção jurídica [...] Mas, mesmo com o texto constitucional de 1988, certas realidades sociológicas de natureza familiar ainda foram mantidas afastadas do Direito de Família, tais como o concubinato (na estrita acepção da palavra), as uniões entre pessoas do mesmo sexo e a convivência afetiva assexuada entre amigos ou parentes. (GAMA, 2000, p. 33)

No mesmo sentido, afirma MOREIRA (2003, p. 180) que “a Constituição exclui categoricamente a possibilidade de constituir-se ‘união estável’, digna de proteção do Estado, entre pessoas do mesmo sexo”.

Porém, mesmo aqueles que negam reconhecimento como entidade familiar concordam que a ausência de regulação legal expressa não pode impedir a análise das demandas pelo Poder Judiciário, tornando a atividade jurisdicional a primeira a buscar a solução para a situação. E este vem sendo o caminho percorrido juridicamente para o reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo.

A evolução do tratamento conferido à união homossexual em muito se assemelha à evolução do tratamento prestado às famílias de fato<sup>60</sup>, hoje reconhecidas

---

<sup>59</sup> Existe um projeto de lei, de autoria da então Deputada Marta Suplicy, de nº 1151/95, ainda em tramitação no Congresso, que visa conferir alguns direitos aos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, porém denominando-as de parcerias civis e não incluindo no âmbito das relações familiares. Este projeto, em que pese a sua importância, não corresponde aos anseios sociais. Há ainda inovação no Projeto 6.960/2002, de autoria de Ricardo Fiúza, que se aprovado alterará mais de cem artigos do Código Civil de 2002, e possui a previsão de um artigo 1.727-A, com o seguinte teor: “as disposições contidas nos artigos anteriores aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes”. É claro que esta regulação não reconhece expressamente as uniões, mas facilita o trabalho do intérprete, em que pese ser dispensável do ponto de vista interpretativo, mas não do ponto de vista cultural.

<sup>60</sup> Para demonstrar essa afirmação, será feita a seguir uma breve narrativa da evolução da união estável, sem a pretensão de esgotar a matéria. O objetivo é demonstrar a evolução legislativa ocorrida, para que se possa traçar um paralelo entre a evolução jurídica dos dois institutos. As uniões de fato entre homem e mulher, antes da Constituição de 1988, não estavam previstas como entidades familiares no âmbito jurídico. No entanto, as demandas apresentadas ao Poder Judiciário demonstravam que no plano fático, essas uniões comportavam-se de forma semelhante ao casamento, inclusive em relação aos efeitos

como união estável. Primeiro se reconhece como Sociedade de fato, para que se possa atribuir alguns efeitos patrimoniais, decorrentes do esforço comum. É a volta da antiga súmula 380 do STF.<sup>61</sup>

O estudo da matéria, na verdade, passa por um retorno à origem da Súm. 380 do STF, que consagrou, nas hipóteses de concubinato (sexos opostos) as conseqüências jurídicas das Sociedades de fato, hoje já consolidadas por texto legal. [...] Viu-se então que no campo do direito das obrigações não há qualquer restrição jurídica ao reconhecimento destas Sociedades de fato, formadas entre pessoas do mesmo sexo [...] Conclui-se, assim, que os Tribunais, em especial do STJ, devem iniciar uma construção jurisprudencial, assim como feito outrora com o concubinato (o que gerou a Sum. 380 STF), no sentido de aceitar as Sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo, não como forma de fazer apologia ao homossexualismo, mas sim como meio de evitar o odioso *enriquecimento ilícito*. (NOGUEIRA, 1998, p. 32-33)

No mesmo sentido, leciona CZAJKOWSKI (1995), admitindo o reconhecimento de uma Sociedade de fato tão somente sujeita às normas do Direito Obrigacional, excluindo a questão do direito de família. Também é esse o

---

patrimoniais. No caso das uniões de fato não foi possível, em um primeiro momento, trata-las como família, já que a Constituição da época previa o casamento como forma exclusiva de Constituição da família legítima, reconhecida e amparada pelo Estado. Assim, buscou-se a solução através de regras gerais de direito civil obrigacional, tratando essas uniões como uma Sociedade de fato, atribuindo-lhe conseqüências patrimoniais quando comprovado o esforço comum dos “sócios”, conforme a súmula 380 do STF mencionada no capítulo anterior. É claro que a solução ainda manteve a distância entre as uniões de fato e o casamento legítimo, mas certamente foi o primeiro passo para a quebra dos preconceitos existentes. E, de forma comutativa, na medida em que a aceitação social das uniões de fato foi aumentando, o reconhecimento jurídico ia sendo ampliado, e esta ampliação refletia em uma maior aceitação das uniões de fato. O fato de sair da obscuridade legal leva um comportamento social a ser mais aceito, e conforme vai sendo aceito vai saindo mais da obscuridade legal. Essa relação comutativa entre o direito e a Sociedade culminou com a abertura constitucional do conceito de família, alterando-se o caput, e incluindo-se um parágrafo expresso sobre a união de fato, denominando-a como união estável e finalmente a reconhecendo como entidade familiar protegida pelo Estado. A inclusão constitucional da proteção à união estável não significou imediata equivalência entre as formas familiares. Até a edição Código Civil de 2002 o tratamento jurídico dispensado aos relacionamentos originados de uma convivência fática não possuíam os mesmos efeitos de um relacionamento conjugal gerado pelo casamento. A resistência inicial do reconhecimento de direitos no âmbito do direito de família aos companheiros, que se prorrogou de forma continuada em diferenciar os tratamentos dispensados a cada uma destas entidades familiares demonstra o intuito conservadorista em manter a prevalência do matrimônio sobre o casamento. As conquistas da união estável foram sendo parciais, evolutivas, uma por vez, mas já estamos chegando a ponto de equivalência de efeitos (não de origem) ao casamento no âmbito do direito de família, mas não ainda no campo sucessório. (sobre os efeitos da união estável ver nota efetuada no capítulo anterior)

<sup>61</sup> Súmula 380 “ comprovada a existência de Sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido com esforço comum”.



posicionamento defendido por THOMAZ, (2003) para quem se configurada a vida em comum, laços afetivos e divisão de despesas, não há como se negar efeitos jurídicos, mas não como união estável ou casamento, mas como Sociedade de fato, pois “a união entre homossexuais, juridicamente, não constitui nem tem o objetivo de constituir família, porque não pode existir pelo casamento, nem pela união estável”. (THOMAZ, 2003, p. 95)<sup>62</sup>

Este posicionamento, no entanto, não satisfaz os anseios pessoais dos integrantes dos relacionamentos homoafetivos. Tratar a questão no campo do direito das obrigações é uma ofensa e uma forma de discriminação, já que, ao contrário do que ocorreu no momento da edição da Súmula 380 do STF, não há vedação constitucional expressa para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. Na realidade, a não aceitação no âmbito constitucional familiar das uniões homossexuais se revela mais uma forma de discriminação.

Mesmo com as alterações dos princípios e paradigmas do Direito de Família, continuamos identificando socialmente algumas pessoas por suas preferências ou inclinações sexuais. De alguma forma, estamos sempre procurando colocar o selo da legitimidade ou ilegitimidade em determinadas relações sexuais. (PEREIRA, R., 2000, p. 138)

Ainda, há uma vertente doutrinária que defende a aplicação de algumas das regras da união estável por analogia. Este critério deve ser utilizado para a solução de controvérsias infraconstitucionais, e não na interpretação constitucional. De qualquer forma, não se pode negar a importância desta corrente doutrinária, pois facilita a identificação como entidade familiar das uniões homoafetivas.

---

<sup>62</sup> Este também é o posicionamento de Fernanda de Almeida BRITO em seu livro *União Afetiva entre Homossexuais e seus Aspectos Jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, e de Débora Vanessa Caús BRANDÃO em seu livro *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo:RT, 2002, para quem “somente emenda constitucional tem competência para estender os mesmos direitos já conferidos às famílias e entidades familiares às parcerias homossexuais”(BRANDÃO, 2002, p. 125).

Conforme a argumentação de Maria Berenice DIAS, não se pode admitir tratamento diferenciado a relações de afeto que se desenvolvem de forma igual em relação a postura do parceiro, sendo a única diferença a diversidade ou não do sexo entre eles. (DIAS, M. B., 2001) Desta forma, a solução que apropriada para resolução desta desigualdade de tratamento se dá através da aplicação analógica das regras da união estável, em razão da semelhança entre os relacionamentos, conforme permissivo do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. (DIAS, M. B., 2001, p. 99)

A solução dos conflitos decorrentes dos relacionamentos homossexuais só pode encontrar subsídios em instituição com que guarde semelhança: a família [...] Comprovada a existência de um relacionamento em que haja vida em comum, coabitação e laços afetivos, se está à frente de uma entidade familiar, forma de convívio que goza da proteção constitucional. [...] O só fato dos conviventes serem do mesmo sexo não permite que lhes sejam negados os direitos assegurados aos heterossexuais. (DIAS, M. B., 2001, p. 99)

O problema do uso da analogia com a união estável para conferência de direitos aos relacionamentos homossexuais é que se está analisando a questão somente do ponto de vista infraconstitucional, não sendo verificada a viabilidade do ponto de vista constitucional. A analogia somente é permitida se houver a compreensão de que estas uniões podem ser incluídas no conceito de família constitucionalmente previsto, o que não é feito pela autora, que se limita a julgar a inconstitucionalidade do parágrafo terceiro do artigo 226 da Constituição. (DIAS, M. B., 2001, p. 96).

Após a análise de posicionamentos judiciais sobre o assunto, será efetuada uma análise mais detida da questão da inconstitucionalidade do texto constitucional, e da possibilidade de inclusão das uniões homossexuais no conceito constitucional de família através da via interpretativa.

### 3.2.3 Decisões judiciais sobre o assunto

Mesmo que não exista uniformidade jurisprudencial sobre o assunto, alguns casos referentes às uniões de pessoas do mesmo sexo foram levados à apreciação do Poder Judiciário, resultando nas mais distintas decisões. Para análise neste trabalho foram escolhidos alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em razão do pionerismo nas decisões, e alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, em razão da função paradigmática exercido por este. Não foram encontrados acórdãos do Supremo Tribunal Federal contendo as expressões “homossexual” ou “homoafetivo”.

A primeira decisão destacada é relatada pela Desembargadora Maria Berenice Dias, na qual, aplicando a analogia, reconheceu efeitos de união estável a relacionamento afetivo de nove anos entre dois homens, fundamentando seu posicionamento especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da igualdade. A seguir o teor da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre dois homens de forma pública e ininterrupta pelo período de nove anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, bem como viola os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. AUSÊNCIA DE REGRAMENTO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DE ANALOGIA E DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. A ausência de lei específica sobre o tema não implica ausência de direito, pois existem mecanismos para suprir as lacunas legais, aplicando-se aos casos concretos a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, em consonância com os preceitos constitucionais (art. 4º da LICC). Negado provimento ao apelo,

vencido o Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (Apelação Cível Nº 70009550070, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/11/2004)

O reconhecimento como entidade familiar, regulada pelas normas da união estável, gera importante reflexo nas questões patrimoniais do casal. O Código Civil de 2002 prevê que a questão patrimonial da união estável se regula conforme o regime de comunhão universal, o que dispensa a necessidade de comprovação do esforço comum, exigida pela Súmula 380 do STF.

RELAÇÃO HOMOERÓTICA. UNIÃO ESTÁVEL. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. ANALOGIA. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO. VISÃO ABRANGENTE DAS ENTIDADES FAMILIARES. REGRAS DE INCLUSÃO. PARTILHA DE BENS. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 1.723, 1.725 E 1.658 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas. (Segredo de Justiça) (Apelação Cível Nº 70005488812, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 25/06/2003)

Importante destacar que não basta somente existir uma relação homossexual. Deve esta relação ser similar à familiar, baseada no afeto, além de pública, duradoura e contínua. No caso seguinte, julgado alguns meses após a primeira decisão analisada, no mesmo Tribunal e mesma Câmara Civil, não se reconheceram efeitos similares a uma entidade familiar em razão da ausência de comprovação dos pressupostos mínimos.

RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. INDENIZAÇÃO. PEDIDO ALTERADO NA APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL. DESCABIMENTO. SOCIEDADE DE FATO. PROVA. É defeso ao autor, instigado por motivação sentencial, alterar o pedido posto na inicial, ferindo o princípio da eventualidade e a teoria da substanciação. Embora presente uma relação homossexual, não se identificando pressupostos de entidade familiar, a solução desemboca no âmbito do direito obrigacional, solvendo-se como Sociedade de fato, caso exista prova eficiente da contribuição da parceira. Finalmente, não restando demonstrada a aplicação do numerário dito como usado na reforma do imóvel, torna-se impertinente o pagamento de qualquer indenização. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70007792294, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 12/05/2004)

No mesmo sentido foi a decisão seguinte, que considerou que a ausência de convivência na mesma residência afasta a possibilidade de equiparação com entidade familiar:

RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de Constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. Não havendo sequer situação fática assemelhada a um casamento, sem que o par sequer tenha morado sob o mesmo teto, não há como reconhecer a pretendida união homossexual com o objetivo de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável. Recurso desprovido, por maioria. (Apelação Cível Nº 70009888017, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/04/2005)

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi mais tímido, porém reconheceu expressamente a possibilidade de aplicação da Súmula 380 para efetuar a partilha de um bem adquirido com esforço comum por um casal homossexual.

SOCIEDADE DE FATO. **HOMOSSEXUAIS**. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPORTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA

ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.( RESP 148897 / MG ; RECURSO ESPECIAL 1997/0066124-5, Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102), QUARTA TURMA, 10/02/1998)

Em recente decisão, publicada há algumas semanas, o Superior Tribunal de Justiça manteve o posicionamento em relação às uniões homossexuais, não as reconhecendo como entidades familiares, porém aceitando que podem configurar Sociedade de fato. No caso específico, o efeito direto desta decisão foi a determinação da competência da vara cível, e não da vara de família, para a decisão da controvérsia.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. **HOMOSSEXUAIS**. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre **homossexuais** juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar Sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da Sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido. (RESP 502995 / RN ; RECURSO ESPECIAL 2002/0174503-5, Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, 26/04/2005, DJ 16.05.2005 p. 353)

Esta não é a única decisão da Quarta Turma. Em acórdão prolatado pelo Ministro Barros Monteiro esta posição já era estampada:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO **HOMOSSEXUAL**. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM DIVISÃO DE PATRIMÔNIO. INEXISTÊNCIA DE DISCUSSÃO ACERCA DE DIREITOS ORIUNDOS DO DIREITO DE FAMÍLIA. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. – Tratando-se de pedido de cunho exclusivamente patrimonial e, portanto, relativo ao direito obrigacional tão-somente, a competência para processá-lo e

julga-lo é de uma das Varas Cíveis. Recurso especial conhecido e provido (RESP 323370 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2001/0056835-9, Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, 14/12/2004, DJ 14.03.2005 p. 340)

Chama atenção, no entanto, decisão prolatada pelo Ministro Galotti, que suspendeu o julgamento do Recurso Especial envolvendo a discussão de pensão a companheiro homossexual para que o Supremo Tribunal se pronunciasse primeiro sobre a matéria referente à Família. Esta decisão da sexta turma é um indicativo de possível reconhecimento como família das uniões homossexuais.

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. SOCIEDADE DE FATO ENTRE PESSOAS DO **MESMO SEXO**. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. PREJUDICIALIDADE. SOBRESTAMENTO. ARTIGO 543, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1 - Nos termos do artigo 543, § 2º, do Código de Processo Civil, "na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário. 2 - Prejudicialidade reconhecida. 3 - Julgamento sobrestado. (RESP 387197 / SC ; RECURSO ESPECIAL 2001/0148978-0, Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, 26/08/2003, DJ 25.02.2004 p. 224)

3.3 A interpretação do art. 226 da CF e os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo

### 3.3.1 Caracterização como entidade familiar

O artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe expressamente que “a família, base da Sociedade, tem proteção especial do Estado”. No decorrer de seus parágrafos estão previstas algumas formas de entidade familiar, como o casamento civil e religioso, a união estável entre homem e mulher e a família monoparental, constituída por um só dos pais e seus descendentes.

As famílias hoje não seguem um padrão rígido e formal de Constituição e desenvolvimento. Podem ser famílias de fato, originadas tão somente através do convívio diário, ou famílias solenizadas através do casamento. As famílias são plurais, admitindo a interconexão entre parentes através da possibilidade de novas uniões conjugais.

Entretanto, toda essa pluralidade de entidades familiares possui um grande traço comum: o afeto como elo que une as pessoas de uma família. O afeto torna-se ainda mais importante e destacada em relação às uniões familiares caracterizadas pela conjugalidade.

As uniões de pessoas do mesmo sexo têm potencial para, no caso concreto, possuírem essa característica de afeto e conjugalidade. Basta analisar a presença dos elementos fundamentais, como a intenção de ter uma vida em comum, com mútua assistência afetiva e patrimonial, fidelidade, durabilidade, continuidade e publicidade. Ou seja, no plano fático, podem se igualar as uniões de pessoas de sexos diversos. Importa destacar se é possível o reconhecimento jurídico sob o viés constitucional.

Este é o problema que se propõe à interpretação do texto constitucional

### 3.3.2 A Abertura do artigo 226 da Constituição Federal

Na primeira parte deste trabalho foi analisada a evolução constitucional como um processo contínuo e interligado à evolução social dos últimos séculos, onde as Constituições modernas timidamente iniciaram o reconhecimento dos direitos fundamentais como forma de proteção do indivíduo ao poder absoluto do Estado sem, contudo, interferir na esfera pessoal privada. Havia significativo formalismo social e



jurídico. A liberdade era formal, as relações sociais e interpessoais eram formais, a própria Constituição e sua interpretação eram formais. Essa foi a grande característica do liberalismo do Século XIX.

As Constituições e o próprio Estado deixaram de lado a postura formal e pretensamente isenta em relação à esfera privada dos cidadãos, e iniciou a busca por uma igualdade material, através do reconhecimento e proteção dos desiguais. Os direitos fundamentais foram aumentando, e deixaram de ser meramente direitos de proteção, para se tornarem garantias de igualdade social, econômica, e até mesmo transindividual.

A Constituição deixou de ser uma carta político-organizacional do Estado para se tornar instrumento de garantia dos anseios sociais e individuais em conexão com a realidade do povo que representa. Assim, a sua interpretação deixou de ser formal-legal e passou a ser concretista, diretamente conectada à realidade que a circunda e embasa.

Primeiramente, deve-se interpenetrar nos princípios fundamentais do texto constitucional, que norteiam a análise de todo o texto constitucional, de forma que a interpretação da Constituição deve ser ligada diretamente a estes. E mais, servem de elo de ligação entre todo corpo constitucional, que deve ser compreendido como um todo unitário.

O preâmbulo da Constituição de 1988 é o primeiro ponto de partida para uma análise unitária do texto constitucional, pois demonstra os princípios que direcionam a leitura de cada artigo. Através do preâmbulo é possível identificar que a Constituição deve ser o fundamento de um Estado Democrático, garantidor de direitos sociais e

individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça como valores supremos de uma Sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Uma Sociedade fraterna busca a convivência harmoniosa entre seus integrantes, de forma a respeitar e cooperar com os demais cidadãos. A Sociedade fraterna é inclusiva, e não excludente. A fraternidade entre os integrantes de uma Sociedade implica na colaboração com os necessitados, com os excluídos e proteção às minorias.

A Sociedade brasileira, fraterna por princípio, ampara a família, reconhecendo a importância deste menor núcleo social organizado. A fraternidade deve existir de forma interligada entre as famílias, entre os membros da família enquanto indivíduos e entre a Sociedade e as famílias. A Sociedade coopera com as famílias, as famílias cooperam entre si com o indivíduo, objetivando ao final a fraternidade coletiva.

A Sociedade brasileira também é pluralista. Admite e respeita a diversidade. Assim também é em relação às famílias, já que rompeu expressamente com a exclusividade da família baseada no casamento. A pluralidade e diversidade familiar existentes na realidade social do país são amparadas, protegidas e incentivadas pela Constituição.

O respeito à pluralidade implica na aceitação do diferente, mesmo que ainda não previsto expressamente pelo texto constitucional, desde que não expressamente proibido. A Constituição aberta não almeja esgotar todas as hipóteses da pluralidade social, ainda mais em relação à família, diretamente ligada à satisfação pessoal dos indivíduos. Assim, a pluralidade de entidades familiares é aceita e saudável para a democracia, inclusive em hipóteses ainda não previstas pelo texto constitucional expressamente.

E uma Sociedade sem preconceitos, como é a brasileira, não pode admitir discriminações de qualquer ordem, nem mesmo relativas à orientação sexual de seus indivíduos. A família constitucionalmente protegida deve ser entendida sem preconceitos morais ou amarras religiosas de qualquer ordem.

A inclusão no texto constitucional de entidades familiares não fundadas no casamento demonstra que nenhum tipo de preconceito pode excluir da proteção jurídica este núcleo basilar da Sociedade no qual os indivíduos encontram o seu amparo afetivo.

O preconceito moral já impediu por muitas décadas o reconhecimento como família das uniões livres, hoje reconhecidas como união estável, e dos filhos de pessoas não casadas, que com estes convivem, conhecida como família monoparental. Há pouco tempo as pessoas que não casavam e viviam juntas, ou as pessoas que criavam seus filhos sozinhos eram vítimas de preconceito moral e excluídas de amparo jurídico.

A maior razão para o não reconhecimento das uniões de pessoas de mesmo sexo está calcada no preconceito e na intolerância, travestidas em razões formais ou inócuas. No entanto impera o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares, sem preconceitos, sob pena de desrespeito ao próprio texto constitucional.

Somente através da análise do preâmbulo já seria possível a conclusão de que os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo podem ser considerados como família, mas ainda existem mais fundamentos para tanto.

O artigo primeiro designa como fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, destacando que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio dos seus representantes eleitos.

Subtrair direitos de alguns e gerar o enriquecimento injustificado de outros afronta o mais sagrado princípio constitucional, o da dignidade, e se a palavra é cidadania e a inclusão dos excluídos, um Sociedade que se deseja aberta, justa, pluralista, fraterna e democrática não pode conviver com tal discriminação (GIORGIS, 2002, p. 239)

O artigo terceiro da Constituição expressa que os objetivos fundamentais da República, e destaca-se para a resolução do problema em tela a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Desta maneira, não se deve discriminar ou tratar de forma diferenciada um cidadão em razão de sua orientação sexual.

Após a identificação dos princípios fundamentais que servirão como feixes de luz para a interpretação constitucional, passa-se à análise direta do artigo 226 da Constituição Federal.

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

§ 1º. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§ 2º. O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

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

§ 5º. Os direitos e deveres referentes à Sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade 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.

A interpretação objetiva esclarecer se é possível considerar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo podem ser consideradas família constitucionalmente protegida.

O início da interpretação se dá identificando o sentido literal das palavras. A primeira dificuldade encontrada são os limites da palavra “família”, já que constitui um conceito aberto, e é justamente em razão dessa abertura que surge a dúvida sobre a possibilidade ou não da inclusão. Aliás, a definição de família é um dos pontos fulcrais para a realização da interpretação em questão, o que será definido a seguir, pois depende de uma análise da realidade social para a sua definição.

Poder-se-ia pensar no método histórico, analisando o contexto em que foi promulgada a Constituição. Conforme analisado anteriormente, o intuito do legislador constituinte foi evidentemente a abertura da proteção constitucional à família, antes fechado e vinculado exclusivamente ao casamento.

No entanto, não é possível precisar se no momento em que foi promulgada a Constituição houve a intenção de abranger os relacionamentos homoafetivos. Ao contrário, muito se afirma que o legislador, ao elaborar o artigo 226 e incluir um parágrafo com a menção expressa à união estável somente entre homem e mulher quis intencionalmente excluir da proteção os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo.

É bastante provável que originariamente, quanto foi concebido o artigo 226, em 1988, há mais de dezesseis anos atrás, o constituinte não tivesse previsto a possibilidade de admitir a união entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares. No entanto a Constituição deve se atualizar constantemente em conformidade com as alterações sociais, e a opção do constituinte por um conceito aberto de família no caput do artigo 226 demonstra com clareza que houve a intenção de possibilitar a adaptação do conceito de família ao momento da interpretação do texto.

O texto constitucional aberto não está preso à vontade social do momento de sua elaboração, mas sim deve adaptar-se e renovar-se conforme a realidade vivida pelo povo no momento de sua aplicação. Essa característica é a garantia de efetividade e durabilidade de uma Constituição, conforme HESSE<sup>63</sup>.

Portanto, é infundado o argumento que busca impossibilitar a inclusão dos relacionamentos homossexuais como família em razão da intenção constituinte.

Ainda, para que se proceda a interpretação do texto constitucional, se faz necessária uma análise do artigo 226 na íntegra, caput e parágrafos, a fim de reconhecer os seus limites interpretativos. Não restam dúvidas que o caput optou por uma abertura no que diz respeito à família, ao não delimitar diretamente quais as entidades assim consideradas. Porém, resta a dúvida se houve a restrição da interpretação às entidades familiares previstas nos parágrafos, se é *numerus clausus* (exaustivo) ou meramente exemplificativo.

Uma análise precipitada do texto constitucional poderá deixar a impressão de que o artigo 226 limitou as formas de manifestação familiares constitucionalmente protegidas àquelas expressamente enumeradas, ou seja: a família é formada pelo casamento, a união estável e a família monoparental. No entanto, esse tipo de interpretação é restrita, não considerando a Constituição com um todo unitário.

MORAES (2002) afirma que a Constituição Federal garantiu ampla proteção à família e definiu tão somente três tipos de entidades familiares, a constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, pela união estável entre homem e mulher e a família monoparental. Para referido autor, não se admitem outras formas de entidades familiares para o amparo constitucional.

---

<sup>63</sup> Sobre a teoria da força normativa da Constituição de Konrad HESSE ver referência no Capítulo I.

Da mesma forma, GARCIA (1989) afirma que o texto constitucional define como entidades familiares além do casamento a união estável e a família monoparental. No mesmo sentido ainda podemos citar COSTA (2002)

No entanto, essa interpretação está equivocada, pois desconsidera a unidade da Constituição ao excluir qualquer outra forma de manifestação familiar da proteção constitucional, pois não condizendo com os fundamentos constitucionais expressos no preâmbulo e nos artigos iniciais da carta constitucional, em especial o da pluralidade, fraternidade, justiça, ausência de discriminação e dignidade da pessoa humana.

Para BULOS (2003), a noção de família da Constituição é ampla. Segundo o autor, a família é a base da Sociedade, não se levando em conta a regra clássica de que é somente o grupo familiar constituído pelo casamento. Admite, então, dentro desta noção ampla que para existir família não é necessário casamento, pois pode ser a entidade formada pelo homem e mulher mesmo sem filhos, por apenas um dos pais com os filhos, inclusive os filhos adotados e os filhos de outros casamentos de um dos membros, abrangendo inclusive pessoas do mesmo sexo, que vivem e compartilham objetivos comuns.

A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outras duas explicitamente, além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas. [...] a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições, explícita ou implicitamente tutelada pela Constituição. (LOBO, 2002, p. 248-249).

Analisando a Constituição como um todo unitário, não há como se concluir pela limitação do rol das entidades familiares. Conforme destacado, os fundamentos que trespassam a Carta Constitucional são a igualdade, a liberdade, a justiça, a dignidade da pessoa humana, bases de uma Sociedade fraterna e pluralista, sem discriminações. Para concretização destes objetivos, é necessária a abertura constitucional em relação à família objeto de proteção.

Fica claro, portanto, que a interpretação de todo o Texto Constitucional deve ser fincada nos princípios da liberdade e igualdade e despida de qualquer preconceito, porque tem como “pano de fundo” o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado logo pelo art. 1º, III, como princípio fundamental da República (motor de impulsão de toda a ordem jurídica brasileira). Sem dúvida, então, a única conclusão que atende aos reclamos constitucionais é no sentido de que o rol não é – e não pode ser nunca” – taxativo, por deixar sem proteção inúmeros agrupamentos familiares não previstos no Texto Constitucional, até mesmo por absoluta impossibilidade. Não fosse só isso, ao se observar a realidade social premente, verificando-se a enorme variedade de arranjos familiares existentes, apresentar-se-ia outro questionamento: seria justo que os modelos familiares não previstos na lei não tenham proteção legal? (FARIAS, 2004b, p. 10-11)

O *caput* do art. 226 também não deixa dúvidas sobre a abertura pluralista da Constituição, ao simplesmente mencionar “família”, sem limites ou restrições. E, ainda, os próprios parágrafos do texto constitucional estão exemplificando, especialmente no § 4º que dispõe “entende-se, também, como entidade familiar”, não deixando dúvidas que são dispositivos inclusivos e exemplificativos.

Ora, desde logo se impõe aceitar que o constituinte quis apontar a existência de mais de uma entidade familiar. [...]Portanto, tendo prescrito que o casamento e a união estável seriam constituídos por homem e mulher, deixou antever que a entidade familiar ainda podia ser formada por um homem (ou mulher) e seus descendentes, o que impele concluir que o texto *não é taxativo* ao conceituar como entidade familiar apenas os que descreve. (GIORGIS, 2002, p. 239)

Essa conclusão é essencial para que se possa buscar entender as novas manifestações familiares, sendo inclusive permitido ir além do que vislumbrou o legislador constituinte, já que este deixou aberto ao intérprete. Com esse fundamento, pode o intérprete analisar no caso concreto se o agrupamento humano é ou não uma entidade familiar, e assim estender a proteção constitucional. Esta análise, portanto, não se limita à uma adequação as formas familiares expressamente previstas, mas também a novas manifestações que podem ser enquadradas como família.

Esta questão é de extrema importância para compreensão do direito de família atualmente, pois o texto constitucional poderá delimitar a abrangência da proteção legal a estas entidades. É insita à existência



da pessoa humana o direito fundamental de realizar a sua aspiração de ter uma família, sem uma moldura prévia que obste, no todo ou em parte, a realização legítima desse desejo. (FACHIN, R., 2001, p. 68)

Existem autores que buscam demonstrar a inconstitucionalidade do parágrafo terceiro, e a sua incoerência com o resto do texto constitucional<sup>64</sup>. No entanto, não se vislumbra tal incoerência. Na realidade, o § 3 não limita o caput, não restringe a sua abrangência, mas sim exemplifica uma das hipóteses de entidade familiar possíveis de proteção constitucional. O rol do art. 226, conforme já afirmado, é exemplificativo e não exaustivo, sendo que o parágrafo terceiro apenas compõe um dos exemplos de entidade familiar.

### 3.3.3 A possibilidade de inclusão das entidades homossexuais como família constitucionalmente protegida

As premissas necessárias para iniciar o trabalho de interpretação constitucional já foram colocadas: a pré-compreensão do texto do artigo 226 da Constituição Federal, e o caso concreto que é a existência de relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo com as mesmas características, objetivos e finalidades das uniões entre pessoas de sexo diverso, expressamente amparadas pelo texto constitucional.

O artigo 226 da Constituição é norma aberta, não havendo limitação às entidades familiares constitucionalmente previstas como merecedoras de amparo jurídico-constitucional.

Detecta-se, via de conseqüência, o equívoco daqueles que excluem a proteção constitucional da família para outros modelos não previstos exaustivamente no art. 226 da *Lex Fundamentallis*: trata-se de

---

<sup>64</sup> É o caso de Maria Berenice Dias, conforme citado anteriormente.

problema hermenêutico, uma vez que a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais conduz, com mão segura, à idéia da inclusão de outros modelos familiares. (LOBO, 2002, p. 12)

A realidade social que circunda a Constituição ampliou a concepção de família, de forma a reconhecer como pressuposto para o seu reconhecimento a existência de um vínculo de afeto entre os integrantes. A família é espaço de realização individual, e o respeito às diferentes formas de manifestação familiar decorre da preservação da dignidade de seus membros.

Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana. Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não podem ser protegidas algumas entidades e desprotegidas outras, pois a exclusão refletiria nas pessoas que as integram por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo o princípio da dignidade humana. (LOBO, 2002, p. 12)

As uniões homossexuais são uniões fundadas no afeto entre seus integrantes. Deixando de lado qualquer preconceito existente, não há como se negar a existência de afeto e solidariedade entre o casal formado por pessoas do mesmo sexo. A ausência da diversidade não impede a afetividade.

Assim, duas pessoas unidas com objetivo de constituir publicamente família, e de prover aos indivíduos assistência moral, afetiva e patrimonial, com os atributos da fidelidade e lealdade são uma entidade familiar, sejam do mesmo sexo ou não. A geração de filhos não é mais um dos objetivos, mas pode ser uma das conseqüências, inclusive para casais do mesmo sexo, já que a filiação pode ser socioafetiva ou decorrente da adoção<sup>65</sup>, e não somente biológica.

Na esteira dessa evolução, e em conseqüência dela, o Direito de Família depara-se, na contemporaneidade, com duas grandes questões: o limite entre o público e o privado e o confronto da

---

<sup>65</sup> A questão da adoção por homossexuais é controvertida. Em relação a um homossexual individualmente não existem motivos para negativa, já que há o permissivo legal da adoção por uma pessoa. A problemática existe na adoção por casais homossexuais, que indubitavelmente passa primeiro pelo reconhecimento ou não como entidade familiar dos relacionamentos de pessoas do mesmo sexo.

objetividade com a subjetividade nas questões que se nos apresentam. Qual é a linha que separa, ou determina, a intervenção do Estado nas questões de foro mais íntimo das pessoas? Até que ponto o Estado deve ou pode intervir nas relações familiares? (PEREIRA, R.C. , 2000, p. 48)

Desta forma, é perfeitamente possível a inclusão dentro deste conceito de família das uniões de pessoas do mesmo sexo, desde que contenham os requisitos equiparáveis aos da união estável, pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família, de forma a ser uma união exclusiva e com finalidade de promover a realização dos indivíduos através da assistência afetiva.

Estando presentes estas características mínimas para o reconhecimento como entidade familiar das uniões de pessoas do mesmo sexo é possível afirmar-se que estão abrangidas pela proteção constitucional à família. Pode-se considerar como entidades familiares dignas de proteção constitucional, em consonância com os princípios constitucionais da pluralidade, não discriminação, fraternidade, igualdade e liberdade.

A Constituição não só possibilita, como requer que o legislador e o juiz no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o programa da norma (texto) e seu âmbito (realidade) concretize o direito vigente, de molde a considerar os princípios democráticos e a inegável pluralidade de formas de via amorosa, abrindo espaço para caracterização das uniões homossexuais como comunidades familiares, que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial. (RIOS, p. 134)

Assim, é reconhecida a possibilidade de inclusão constitucional das uniões homossexuais ou homoafetivas dentro da proteção constitucional à família através de uma interpretação concretizadora da Constituição, que realiza a mutação constitucional dos conceitos abertos para adaptar o texto à realidade que circunda, produzindo maior efetividade à Constituição.

A norma constitucional deve ser interpretada de forma que se lhe empreste maior eficácia possível. Nesse passo, sendo possível extrair diferentes sentidos da leitura de determinado dispositivo constitucional, deve prevalecer o que determine maior alcance social, conferindo eficácia e efetividade ao princípio da dignidade de cada um dos que integram o núcleo familiar. (LOBO, 2002, p. 12)

Sendo possível e devido o amparo constitucional às uniões homossexuais, resta agora o trabalho do intérprete infraconstitucional em aplicar as disposições condizentes para garantia deste *status* a estes relacionamentos. Mas este assunto merece ser tratado em um trabalho específico, fugindo às pretensões deste estudo.

## CONCLUSÃO

Esta dissertação propôs-se a analisar os limites e possibilidades interpretativas do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente em relação às uniões de pessoas do mesmo sexo. Para tanto, buscou fundamento na teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse.

Mas se essa foi a pretensão global, vários propósitos paralelos foram necessariamente estabelecidos para viabilizar o resultado final deste trabalho. Tornou-se necessária uma breve incursão no Estado Liberal e sua formação, destacando-se o papel da Constituição neste período, notadamente com caracteres formais. Na seqüência foi acompanhada a transformação do Estado para o Social intervencionista, e em paralelo a nova concepção de Constituição, preocupada com a garantia de conteúdo mínimo. Nesse momento foi destacado o fenômeno da constitucionalização do direito civil.

Aceitando-se o que a Constituição deve ser material, foi necessária uma análise das normas constitucionais, especialmente no que diz respeito a sua abertura e densidade. Para este trabalho, se utilizou a obra de J. J. Gomes Canotilho, apresentando uma sistematização das normas constitucionais, assim compreendidas as regras e princípios.

Outrossim, foi verificada a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse, destacando que a Constituição deve corresponder à realidade social, porém não deve sujeitar-se totalmente. O texto da Constituição deve imprimir força normativa, regulando condutas conforme a sua vontade expressa. A interpretação de uma constituição deve estar, portanto, atenta aos limites da norma, mas conectada à realidade circundante. As normas, portanto, devem ser abertas, para que possibilitem

ao interprete a atualização da constituição através da mutação constitucional, sem a necessidade de mudanças no texto através de emendas constitucionais.

Logo em seguida, com intuito de buscar um conceito de família ligado à realidade, foi feita uma análise da evolução jurídico-constitucional da proteção a entidade familiar. As primeiras constituições brasileiras, de 1824 e 1891, por refletirem a ideologia liberal da época, não se preocupavam em regular a proteção à família. Por se tratar de esfera pública, ficou relegada a normas infraconstitucionais. Até 1916, quando foi promulgado o Código Civil, a regulação se dava pelos cânones católicos. A família neste período caracterizava-se por ser matrimonial, patriarcal e patrimonialista, centrada na figura do marido, ao qual se sujeitavam mulheres e filhos.

A partir da Constituição de 1934 a matéria referente à família, bem como outros direitos sociais, foi inserida no texto constitucional. No entanto, não houve grandes alterações em relação ao já regulado pelo Código Civil na concepção de família. Adotou-se o modelo do casamento indissolúvel como forma exclusiva de constituir família. As Constituições de 1937 e 1946 mantiveram esses preceitos com pequenas alterações periféricas.

A partir de 1960, a realidade social começou a mudar em razão da independência feminina, advinda especialmente da necessidade de trabalho externo. A legislação civil foi alterada para amenizar a subordinação da esposa ao marido, mas sem igualar. Novas entidades familiares, não constituídas pelo casamento, clamavam reconhecimento, no entanto o impeditivo constitucional somente permitiu o reconhecimento patrimonial através de regras obrigacionais, como dispôs a sumula 380 do STF.

As Constituições de 1967/1969 vieram, mas não alteraram o perfil familiar. Porém, finalmente em 1977, através da Emenda Constitucional n° 9, possibilitou-se a

dissolução do vínculo conjugal. Essa alteração constitucional foi importante em razão de ter desvinculado finalmente o casamento civil dos dogmas religiosos da indissolubilidade.

Mas a mudança efetiva veio com a Constituição de 1988. Fruto do anseio social de redemocratização, e elaborada num processo aberto e participativo, a Constituição de 1988 mudou o perfil da família brasileira ao extinguir a exclusividade do matrimônio como forma de constituição de família, bem como ao igualar o papel dos cônjuges na administração da sociedade conjugal e retirar quaisquer discriminações sobre os filhos. Pode-se dizer que a Constituição de 1988 mudou os paradigmas familiares.

Em razão da mudança constitucional, o perfil social da família também mudou. A família deixou de ser uma forma de transmissão de patrimônio e procriação para se tornar ambiente de realização da pessoa. A busca pela dignidade humana passa pelo afeto da entidade familiar, sendo este seu elemento caracterizador.

Em meio a essas transformações, buscou-se responder se entre as entidades familiares constitucionalmente protegidas estava a união entre pessoas do mesmo sexo. Demonstrou-se que os homossexuais, por muito tempo, foram vítimas de preconceitos e discriminações, inclusive sendo taxados de doentes e imorais. Mas a abertura social, e o respeito à pluralidade e dignidade individual de cada um foram instrumentos catalisadores de uma inclusão jurídico-social.

Foram analisadas discussões doutrinárias sobre os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, e verificou-se que parte da doutrina e jurisprudência não os inclui como entidades familiares, e relegam o amparo jurídico a antiga súmula 380, tratando-as como sociedades de fato obrigacionais. Outra parte da doutrina e da jurisprudência, em especial a oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

admite que as uniões homossexuais são entidades familiares desde que presentes os mesmos requisitos da união estável, e aplicam por analogia a regulação desta.

Porém, sentiu-se falta de uma análise da questão diretamente sob o aspecto constitucional, e tomou-se este rumo. Num primeiro momento, demonstrou-se que o artigo 226 da Constituição é aberto, admitindo a interpretação concretizadora em conformidade com a realidade, e ao mesmo tempo não permitindo qualquer exclusão discriminatória no que concerne a entidades familiares. Há um respeito a pluralidade.

Depois, constatou-se que as uniões de pessoas do mesmo sexo tem potencialidade de serem reconhecidas como entidades familiares desde que sigam os mesmos requisitos de publicidade, durabilidade e continuidade das uniões estáveis. Portanto, através de uma interpretação concretizadora é possível amparar essas entidades familiares, independente de reforma do texto constitucional.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMIN, Jamil Salim. **A união estável no Brasil a partir da Constituição federal de 1988 e leis posteriores : aspectos pessoais e patrimoniais**. Florianópolis : UFSC : 2001. 113 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 2001. Orientador(es): VERONESE, Josiane Rose Petry;

AMOS, Carmem Lucia Silveira. **De relação existencial de fato a realidade jurídica : uma perspectiva da família sem casamento**. Florianópolis : 1997. 243 p. Tese (Doutorado em Direito ) - Universidade Federal do Paraná, 1997. Orientador(es): FACHIN, Luiz Edson.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ano 100, vol. 371, jan./fev. 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BIANCHINI, Alice. **As (des)igualdades jurídica e política entre os sexos no direito constitucional brasileiro**. Florianópolis : UFSC : 1994. 350 p. Dissertação (Mestrado

em Ciências Humanas - Especialidade Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1994. Orientador(es): PASOLD, Cesar Luiz.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. 5ª Ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BORGES, Rita Edite Lopes. A intervenção do Estado na relação de família após a Constituição Federal de 1988. Florianópolis : UFSC : 2001. 145 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 2001. Orientador(es): BORGES FILHO, Nilson;

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. [São Paulo: LTr, 2000.](#)

BULOS, Uadi Lamego. **Constituição Federal Anotada**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família. **Jurisprudência Brasileira**, n. 183, p. 43-82. 1999

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CASABONA, Marcial Barreto. A família na Constituição. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, n. 8, p. 115-133

COSTA, Nelson Nery; GERALDO, Magela Alves. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 508-512.

COULANGES, Fustel de. **Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CZAJKOWSKI, Rainer. Reflexos jurídicos das uniões homossexuais. **Jurisprudência Brasileira**, n. 176, p.95-107, 1995.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário: uma abordagem sócio-jurídica acerca da homossexualidade**. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade: o que diz a Justiça!**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. Sociedade de Afeto: Um Nome para a Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 22, p. 32-37, 2004

\_\_\_\_\_. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 2ª. Ed.

\_\_\_\_\_. União entre homossexuais. **Revista CONSULEX**, Brasília Ano VI, n. 136, p. 50-51, 15 set. 2002.

\_\_\_\_\_. União homossexual – aspectos sociais e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 4, p. 5-13, jan./fev./mar. 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos Críticos à luz do novo Código civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da Família no Novo Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. **Revista de Direito Privado**, n. 19, p. 56-68. Julho/Setembro 2004

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas versus Famílias Reconhecidas pelo Direito: Um Bosquejo para Uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional). **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 23, p. 5-21. Abril/Maio 2004

FERNANDES, Milton. A família na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 654, p. 16-24, abr. 1990.

[FERRAZ, Anna Candida Da Cunha . Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais. \*\*Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política\*\* . OUT/DEZ 1993](#)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1973.

FERREIRA, Luís Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. v. 2. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

FINARDI, Dulce Irene. **O repensar de um cenário** : a família monoparental e a situação jurídica da criança na captura dos laços conjugais. Florianópolis : UFSC :

2001. 87 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 2001. Orientador(es): VERONESE, Josiane Rose Petry.

FONSECA, Antônio. O mundo do arco-íris. **Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Ano 11, V. 22, p. 11-34, jul./dez., 2003.

FOUCAULT, Michel. **Historia da sexualidade 2** : o uso dos prazeres. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 6ª ed. Rio de Janeiro : Graal, 1990. v. 2

FREITAS, Paulo Roberto de Azevedo. O novo regime jurídico da união estável. A ab-rogação da Lei 8.971/94 pela Lei 9.275/96. **Revista dos Tribunais**, Ano 86, n. 736, p. 40-44, fev. 1997.

FUGIE, Érica Harumi. A união homossexual e a Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 15, p. 131-164, out./nov./dez. 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A união civil entre pessoas do mesmo sexo. **Revista de Direito Privado**, n. 02, p. 30-42. Abril-Junho 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Família não-fundada no casamento. **Revista dos Tribunais**, Ano 89, n. 771, p. 50-76, jan. 2000.

GARCIA, José Carlos Cal. **Linhas mestras da Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 88, p. 224-252, dez. 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 88, p. 224-252, dez. 2002.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A relação homoerótica e a partilha de bens. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 9, p. 138-161, abr./mai./jun. 2001.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O casamento no Direito brasileiro – aspectos diante da Constituição Federal. **Revista Forense**, vol. 323, p. 105-118., 1993

GOMES, Renata Raupp. **A Construção do novo paradigma jurídico familiar na ordem constitucional de 1988**. Dissertação de Mestrado. (Centro de Pós Graduação em Direito), 121 p. Florianópolis: UFSC, 1996

GUTEMBERG, Luiz. **Mapa geral das idéias e propostas para a nova Constituição**. Brasília: F.P.P., 1987.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional.** (selección) Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** São Paulo: Ícone, 1997

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, **Ano.** p. 344-347.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Batista Machado. 5ª edição. Coimbra: Armênio Amado – editor, sucessor, 1979 (1960).

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. [Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus.](#) **Revista Brasileira de Direito de Família**, vol 12, 2002.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre governo.** Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOIS, Cecília Caballero. **Uma Teoria da Constituição: Justiça, Liberdade e Democracia em John Rawls**. Tese de Doutorado (Centro de Pós Graduação em Direito), 376 p. Florianópolis: UFSC, 2001.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. Madrid: Tecnos, 1994. 5ª. Ed.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. Concretização Hermenêutica da Constituição: na Busca de uma Tópica Viável. *In* DOBROWOLSKI, Silvio. **A Constituição no Mundo Globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000

MONTESQUIEU, Charles L. S. **Do espírito das leis**. São Paulo : Abril Cultural, 1997.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo Código Civil e a união estável. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 17,p. 177-188, 2003.

MULLER, Friederich. **Direito, linguagem, violência** – elementos de teoria constitucional - I. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

NATALINI, José Renato. A família brasileira no século XXI. **Revista de Direito Privado**, n. 1, p. 09-27.Janeiro-Março 2000.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. Sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo independente de qualquer inovação legal. **Revista dos Tribunais**, n. 245, p. 32-33, mar. 1998.



OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues. **Para uma crítica da Razão Androcêntrica: Gênero, Homoerotismo e Exclusão da Ciência Jurídica**, orientado pela Prof. Dra. Jeaninne Nicolazzi Philippi.

PEREIRA, Laffayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice; VILLAÇA., Álvaro; MALHEIROS, Antonio Carlos. **Direito De Família - Novo Código Civil**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

\_\_\_\_\_. **Direito de Família: A Sexualidade vista pelos Tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, n. 639, p. 247-253, jan. 1999.

RAMOS 1997

RIOS, Roger Raupp. **O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social** – princípios do direito político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p 225

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado , 2003

SCHMITT, Carl. **La Defensa de la constitucion**. Madrid: Tecnos, 1998

SIEYES, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa – O que é o Terceiro Estado**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1986.

SILVA, Enelé Alcides da. **Famílias e Sexualidades monogâmicas, poligâmicas homoafetivas, heteroafetivas, fraternas: por uma perspectiva multidisciplinar para o Direito**. Florianópolis: UFSC: 2004. 414 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2004, Orientador: PORTONAVA, Rogério.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **O mercado de trabalho humano : a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil**. São Paulo : LTr, 1998.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 724-731.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 547-575.

THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. União homossexual – reflexões jurídicas. **Revista dos Tribunais**, Ano 92, v. 807, p. 82-102, jan. 2003

USERA, Raúl Canosa. **Interpretacion Constitucional y Formula Política**. Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1988.

VARELLA, Luiz Salem. **Homoerotismo no direito brasileiro & universal**. Campinas: Agá Júris, 2000.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A Tutela Jurisdicional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à justiça : a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente - ficção ou realidade?** Florianópolis : UFSC : 1994. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Federal Santa Catarina, 1994. Orientador: CARLIN, Volnei Ivo;

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.;

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de direito da criança e do adolescente**. São Paulo : LTr, 1997.;

VERONESE, Josiane Rose Petry; SOUZA, Marli Palma; MIOTO, Regina Célia Tamaso. **Infância e adolescência, o conflito com a lei : algumas discussões**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2001..