



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LETÍCIA QUEIROZ CALMON**

**FILIAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE  
PARA PARES HOMOAFETIVOS CASADOS NO BRASIL**

Salvador  
2015

**LETÍCIA QUEIROZ CALMON**

**FILIAÇÃO E APLICAÇÃO DAS LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE  
PARA PARES HOMOAFETIVOS CASADOS NO BRASIL**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Salvador  
2015

## **AGRADECIMENTOS**

Aos mais queridos, Rachel e André, pela paciência inabalável, noites sem dormir e apoio incondicional.

A Fernando Franco, pelo cuidado.

As quase 900 pessoas que se prontificaram a responder minha pesquisa.

Ao Professor Cristiano Chaves de Farias, pela disponibilidade, e por ter me ensinado a amar o direito de família desde o primeiro contato com sua obra.

“Afeto – Do latim *affectus*. Para a Psicanálise é a expressão que designa a quantidade de energia pulsional e exprime qualquer estado afetivo, agradável ou desagradável. Para a Filosofia é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados da alma e, sobretudo ao amor”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

## RESUMO

O presente estudo monográfico procura investigar as formas que duas pessoas do mesmo sexo podem perseguir o direito-desejo do projeto parental. A pesquisa procurou demonstrar as influências históricas que culminaram no ordenamento civil atual no que concerne à família e ao direito de família, voltando-se para a análise da sua origem histórica, bem como a importância do seu estudo interdisciplinar e as interações que dele surgem. Investigou-se as normas de direito de família quanto ao casamento e filiação, e suas implicações nos relacionamentos homoafetivos através de conceitos e pesquisas. Procurou-se averiguar por que existe um direito e um desejo de filiação, e as possibilidades disponíveis aos casais homossexuais para alcançar tal desejo. Ao se voltar para o direito do trabalho, perpassando por conceitos e princípios trabalhistas, buscou-se aplicar seu regramento às situações de homoparentalidade, mais especificamente quanto às licenças maternidade e paternidade.

**Palavras-chave:** Homoafetividade. Filiação. Família. Direito de Família. Direito do Trabalho. Licença-maternidade. Licença-paternidade.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>FAMÍLIA E CASAMENTO</b>	<b>9</b>
2.1	INTRODUÇÃO HISTÓRICA	10
2.2	A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DOUTRINÁRIA CLÁSSICA	17
2.3	CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E CÓDIGO CIVIL DE 2002	19
2.4.	UM NOVO OLHAR: A INTRODUÇÃO DO AFETO	30
2.5.	A(S) “NOVA(S)” FAMÍLIA(S)	32
<b>2.5.1.</b>	<b>Família Homoafetiva</b>	<b>33</b>
2.6	O CASAMENTO CONTEMPORÂNEO	41
<b>2.6.1</b>	<b>Conceito(s)</b>	<b>42</b>
<b>2.6.2.</b>	<b>Natureza jurídica contratual e desejo de casar</b>	<b>43</b>
<b>2.6.3.</b>	<b>Efeitos pessoais do casamento</b>	<b>45</b>
<b>3.</b>	<b>FILIAÇÃO</b>	<b>47</b>
3.1	AVANÇOS NO CAMPO DA FILIAÇÃO	49
<b>3.1.1</b>	<b>Entre o direito e o desejo: o planejamento familiar e a paternidade responsável</b>	<b>53</b>
3.2	ALCANÇANDO O DIREITO-DESEJO DE FILIAÇÃO	56
<b>3.2.1.</b>	<b>O desejo pela identidade genética</b>	<b>61</b>
3.2.1.1	Reprodução humana assistida heteróloga	64
3.2.1.2	Útero de substituição	68
<b>3.2.2.</b>	<b>Amor além do sangue: adoção</b>	<b>74</b>
<b>4</b>	<b>LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE</b>	<b>84</b>
4.1.	DIREITO DO TRABALHO: PRINCÍPIOS E CONCEITOS	84
<b>4.1.1.</b>	<b>Princípios da proteção ao empregado, da norma mais favorável, da valorização do trabalho e da continuidade do emprego</b>	<b>85</b>
<b>4.1.2.</b>	<b>Empregado, empregador, contrato de trabalho e salário</b>	<b>86</b>
<b>4.1.3.</b>	<b>Suspensão e interrupção do contrato de trabalho</b>	<b>87</b>
<b>4.1.4.</b>	<b>Estabilidade</b>	<b>88</b>
4.2.	LICENÇA MATERNIDADE	89
<b>4.2.1.</b>	<b>Destinatários</b>	<b>90</b>
<b>4.2.2.</b>	<b>Estabilidade</b>	<b>94</b>
<b>4.2.3.</b>	<b>Salário-maternidade</b>	<b>95</b>
<b>4.2.5.</b>	<b>Prorrogação</b>	<b>96</b>
4.3	LICENÇA-PATERNIDADE	97
4.4	APLICAÇÃO AOS PARES HOMOAFETIVOS	98
<b>5.</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>102</b>
<b>6.</b>	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>103</b>
<b>7.</b>	<b>ANEXOS</b>	<b>112</b>

<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>99</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>101</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esta monografia foi inspirada em um questionamento: um homem pode receber licença-maternidade? Considerando que o Poder Judiciário já se congregou no sentido de que não se discute mais se duas pessoas do mesmo sexo constituem família a partir da influência doutrina e do constante processo de mutação da família, apresentou-se a necessidade de investigar as repercussões deste entendimento. Surgiu a necessidade de congregar o direito de família e o direito do trabalho, ramos do direito que se relacionam no estudo das licenças maternidade e paternidade.

No capítulo “Família e Casamento” buscou-se estabelecer as influências sociais e apresentar conceitos relevantes aos próximos capítulos.

No capítulo “Filiação”, cerne da pesquisa, demonstrou-se o caminho percorrido até a igualdade substancial dos filhos e demonstrar as formas que duas pessoas do mesmo sexo podem se valer para alcançar o direito-desejo de filiação. Também foram apresentados conceitos relevantes ao próximo e último capítulo.

No capítulo “Licenças Maternidade e Paternidade” tratou-se da importância de um estudo disciplinar a fim de demonstrar que os efeitos sociais não se encerram no plano social ou na seara que lhe seria mais adequada, repercutindo por todo o sistema jurídico.

Na Conclusão arrematou-se tudo o quanto foi visto ao decorrer deste estudo.

Por fim, apresentam-se as referências bibliográficas e foram anexados documentos pertinentes ao trabalho.



## 2 FAMÍLIA E CASAMENTO

Todas as pessoas nascem em uma família. O vínculo pode ser apenas biológico e não afetivo, ou apenas socioafetivo<sup>1</sup>. Sob uma perspectiva biológica ninguém está a salvo de descender de duas pessoas, afinal, progressos da ciência à parte, a reprodução humana não abre espaço para situação diversa. Conseqüentemente, pais e filhos compartilham sangue e/ou sobrenome e/ou afeto.

Numa visão cultural, investigações sobre o significado de “família” sempre remeterão a seu histórico e às suas mudanças na esfera comportamental. A demonstração do desenvolvimento da família é pertinente e bem-vinda, pois através dessa demonstração é possível entender como a família passou a ter as configurações atuais, de onde vieram os preconceitos e porque eles permanecem. Ademais, contribui para que a sociedade<sup>2</sup> brasileira<sup>3</sup> perceba que não há mais espaço para preconceitos no contexto familiar<sup>4</sup>. Isto só é possível através do conhecimento revelador da história.

Neste sentido, é interessante perceber quais foram as principais influências da família brasileira.

### 2.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

A família brasileira sofreu, precipuamente, influências das famílias romanas e das famílias canônicas.

No direito romano, “família” poderia significar tanto o conjunto de escravos do senhor quanto a reunião de pessoas sob o pátrio poder (*patria potestas*) de um chefe único, o *pater familias*, que era o ascendente mais antigo. As pessoas sob seu poder estavam ligadas em parentesco, mesmo após sua morte<sup>5</sup>. Estas relações se consubstanciavam na religião. Cada família cultuava seus ancestrais, entendendo-os como entidades divinas, de forma que cada família tinha a sua religião, e o *pater* era o responsável pelo culto.

<sup>1</sup> Estes termos serão explanados no capítulo “Filiação” da presente monografia.

<sup>2</sup> “A sociedade é expressão científica usada para designar um “grupo de pessoas que é regido e conduzido por normas e princípios de caráter jurídico e metajurídico, sendo uma constante na história humana. Pode-se dizer, outrossim, que sociedade é o meio no qual se organiza o ser humano, sendo a base de suas outras relações com outros seres humanos. Dentro da sociedade estão, pois, as relações familiares, políticas, econômicas, religiosas, etc.” BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31.

<sup>3</sup> A sociedade *brasileira* é, inclusive, o público alvo e o objeto de pesquisa do presente trabalho.

<sup>4</sup> O próprio título desta Monografia já corrobora com esta afirmação, pois há menos de cinco anos não seria possível cogitar o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil.

<sup>5</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 50-51.

O modelo greco-romano de família era tipicamente patriarcal. Foi neste período que surgiram as justas núpcias (*justae nuptiae*), que consistia nas formalidades de “entrega” cerimoniosa da mulher ao seu marido, momento no qual ela abria mão da religião da sua família, passando a integrar a do marido. Eram requisitos para casar: ter qualidade de cidadão, ser capaz de fato (a partir da puberdade), o consentimento dos nubentes e, caso estivessem sob o *pater familias*, o consentimento deste. Estavam impedidos os “loucos”, os casados, os parentes por consanguinidade (*cognatio*) e por adoção, as pessoas de diferentes classes, entre outros. Tinha como efeitos a legitimação<sup>6</sup> dos filhos havidos na constância do casamento, a administração do patrimônio e a submissão da esposa e dos filhos a *potestas* sendo que, para as mulheres, dependia da forma que ocorreu o matrimônio, se *cum manus* ou *sine manus*.<sup>7</sup>

Pertinente o trecho revelador de Fustel de Coulanges em “Cidade Antiga”<sup>8</sup>, que demonstra a relação entre religião, homens, mulheres e seus filhos:

Ora, observamos precedentemente que o direito de oferecer sacrifícios ao fogo sagrado só se transmitia de varão para varão, e que o culto dos mortos não se dirigia senão aos ascendentes em linha masculina. Resultou, portanto, dessa regra religiosa, que não se podia ser parente pelas mulheres. Na opinião das gerações antigas a mulher não transmitia nem a existência nem o culto. O filho recebia tudo do pai. Não se podia, aliás, pertencer a duas famílias, invocar dois lares; o filho não tinha portanto, outra religião nem outra família que a do pai. Como poderia, pois, ter uma família materna? Sua mãe, durante a celebração dos ritos matrimoniais, renunciara de modo absoluto à própria família; desde esse tempo oferecera banquetes fúnebres ao antepassados do esposo, como se fora sua filha, e não oferecia mais a seus próprios antepassados, porque não era mais considerada como descendente deles. Não conservava laços nem religiosos nem de direito com a família na qual nascera. Com muito mais razão, portanto, seu filho nada tinha a ver com essa família.

Com o fortalecimento do Império Romano, a Igreja e o Estado foram retirando os poderes do *pater*. Foi com Constantino, a partir do século IV, que a concepção cristã de família foi inserida no Direito Romano<sup>9</sup>. “Dissolvido o Império Romano, restou à Europa, como traço comum aos seus diversos povos, a religião cristã”.<sup>10</sup>

A Igreja Católica teve grande parcela de responsabilidade na delimitação do casamento, tendo esta influência perdurado durante muitos séculos.<sup>11</sup> Na Idade Média o casamento

<sup>6</sup> *Pater vero is est quem nuptiae demonstrat*. Esta expressão e a “legitimidade” serão explorados no capítulo “Filiação”.

<sup>7</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 19-21.

<sup>8</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 1961. Versão para e-book, 2006. Disponível em: [www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf](http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf).

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva de. *Instituições de direito civil. Direito de família*. V. 5. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 21.

<sup>10</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12.

<sup>11</sup> *Ibidem, loc. cit.*

passou a ser visto como um dos sacramentos, o que foi ratificado pelos decretos do Concílio de Trento (1545-1553).<sup>12</sup><sup>13</sup> Era através do matrimônio que um homem e uma mulher selam a sua união sob as bênçãos divinas, transformando-se em uma só entidade física e espiritual<sup>14</sup>, de maneira indissolúvel<sup>15</sup>. Conforme Pontes de Miranda<sup>16</sup>: “Os canonistas reconheciam três aspectos do matrimônio: sob o primeiro aspecto, dever da natureza, *officium naturae*, que tem por fim a procriação; sob o segundo, os efeitos exteriores na sociedade civil; e sob o terceiro, finalmente, sacramento”. Caracterizar o casamento como indissolúvel tinha como objetivo estabelecer um sistema de impedimentos, justificando sua nulidade ou anulabilidade<sup>17</sup>. De acordo com o Direito Canônico<sup>18</sup> o rol de impedimentos abrangia “a incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), vício de consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) e relação anterior (parentesco, afinidade)”.<sup>19</sup>

A religião Cristã, através de interpretação dos textos bíblicos, desenvolveu uma matriz de comportamento ideal. Dentro desta esfera de comportamento constavam valores que deveriam ser seguidos pelas pessoas no que concerne aos relacionamentos, a saber: as relações sexuais deveriam ocorrer somente após o casamento, e apenas com fins

<sup>12</sup> “As conclusões do Concílio de Trento têm máxima importância na evolução do direito de família em países católicos, especialmente nos que o receberam, como Portugal, mandando que as decisões do Concílio se aplicassem em seu território”. WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

<sup>13</sup> “Assim, tudo aquilo que fosse estranho a essa forma de origem de família deveria ser combatido pela Igreja, o que gerou a marginalização das uniões livres, bem como a preocupação cada vez maior com a ritualização da celebração, valendo destacar, no particular, o Concílio de Trento (realizado a partir de 1545, como um instrumento da *Contrarreforma*, em função do advento do Protestantismo), que emitiu numerosos decretos (especificando as doutrinas católicas quanto à salvação, aos sacramentos e ao cânone bíblico), inclusive unificando o ritual da missa de rito romano e abolindo variações locais.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 114.

<sup>14</sup> “Portanto deixará o homem o seu pai e a sua mãe, e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma carne”. Gênesis 2:24. BÍBLIA, V. T. Gênesis. Português. Bíblia online. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br>.

<sup>15</sup> “E serão os dois uma só carne; e assim já não mais serão dois, mas uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou, não se separe o homem”. Marcos 10:8-9. BÍBLIA, N. T. Marcos. Português. Bíblia online. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br>.

<sup>16</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 86.

<sup>17</sup> “A teoria canônica do casamento é assaz naturalística. A *copula carnalis* exerceu e ainda exerce papel relevante conforme se vê das suas afirmações sôbre (sic) formação e dissolução do casamento, sôbre (sic) a nulidade por impotência, sôbre (sic) a afinidade e sôbre (sic) os direitos e deveres dos cônjuges. A realidade está sempre presente. Aliás, a concepção do casamento como sacramento facilitou certa naturalidade, com que se afastou o direito puramente técnico. O Concílio de Trento não conseguiu tornar nulos os casamentos contraídos sem o consentimento paterno. A vacilação e a explicação tortuosa com que se consideram nulos os casamentos clandestinos mostraram que a Igreja manteve os seus princípios, tanto quanto pôde”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 62.

<sup>18</sup> Direito Canônico é o conjunto de normas editadas pela Igreja Católica.

<sup>19</sup> WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13-14.

reprodutivos<sup>20</sup>; a mulher deveria ser tratada como sujeito sem direitos, apenas deveres; esta personificação da mulher demandava que a esposa deveria ter o marido como seu mentor, e também assim deveriam enxergá-lo os seus filhos; estes filhos necessariamente deveriam ser provenientes da relação matrimonial.

O Catolicismo foi introduzido no Brasil a partir do desembarque dos portugueses, mais especificamente pelos seus missionários, em 1500, visto que era a religião predominante de Portugal. Com a catequização/catolização dos nativos e a vinda de famílias portuguesas, inclusive da Família Real, não demorou muito para que se tornasse a religião oficial nacional<sup>21</sup>. A colonização portuguesa caracteriza-se pelo domínio quase exclusivo da família rural ou semi-rural “domínio a que só a Igreja faz sombra”<sup>22</sup>.

No contexto mundial, a Revolução Industrial fez com que as famílias tivessem o número de seus integrantes reduzido, passando a ser um pequeno grupo organizado num modelo social e político com visão material e econômica das funções conjugais, de maneira que cada membro assumia as tarefas divididas pela lei e pelos costumes para cada gênero sexual.<sup>23</sup> A Revolução Francesa (1789-1799) modificou a estrutura tradicional da família, tendo em vista que lhe foi retirada todo o caráter religioso e submetendo-a a um regime liberal e igualitário. A partir de então o casamento foi separado em civil e religioso, sendo um admitido pela Igreja, e o outro admitido pelo Estado.<sup>24</sup> O Código de Napoleão (1804) influenciou as legislações a auferirem o casamento como negócio jurídico contratual.<sup>25</sup>

No Brasil, na tendência da dessacralização da família, a Proclamação da República em 15 de Novembro de 1889, o Decreto nº 119-A/1890<sup>26</sup> e a Constituição de 1891<sup>27</sup> trouxeram a

---

<sup>20</sup> “Coube ao direito canônico destacar a importância das relações sexuais no casamento, só permitindo que a mulher recebesse o *pretium virginittatis* após ter tido relações sexuais com o marido. Assim, o casamento se realizava pelo consenso, declarando as partes a sua vontade, normalmente em público e na presença de sacerdote, tornando-se perfeito com a cópula carnal. Distinguiu-se, pois, entre o *conjugium initiatium* (consenso) e o *ratum* (cópula carnal), admitindo-se a dissolução do primeiro, mas não a do segundo. *ibidem, loc. cit.*”

<sup>21</sup> Art. 5º, parte inicial: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio”. BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasi de 1824*. Rio de Janeiro, RJ: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm).

<sup>22</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 20, em referência a Casa-Grande & Senzala de Gilberto Freyre.

<sup>23</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 39.

<sup>24</sup> BARBOSA, Camilo de Leles Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 14-15.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 47.

<sup>26</sup> Art. 1º “E’ prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.” BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de Janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. Sala das Sessões do Governo Provisório. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm).

laicização do Estado e, conseqüentemente, do matrimônio. Anexe-se que a Constituição de 1891, emendada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926<sup>28</sup>, determinou em seu parágrafo quarto que “a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916)<sup>29</sup> instituído em 1º de janeiro de 1916, ratificou todas as influências acima demonstradas, sintetizadas por Antônio Chaves da seguinte forma:

Após a Idade Média, o sentimento de unidade familiar visto nas famílias aristocráticas passou a ruir com o advento do individualismo e enfraquecimento do sentimento religioso, o que se percebeu com maior intensidade após a Revolução Francesa, pois com a soma das doutrinas jusnaturalistas do século XVIII as famílias perderam a finalidade religiosa. O Código Napoleônico exprime estes princípios, que influenciaram o Código Civil Brasileiro de 1916.<sup>30</sup>

A Constituição de 1934 permitiu o casamento religioso com efeitos civis<sup>31</sup>, enquanto a de 1937 delegou a matéria à legislação ordinária, sendo indiferente ao modo de celebração que poderia ser apenas civil, ou civil e religioso, ou só religioso<sup>32</sup>. Já a Constituição de 1946<sup>33</sup>

<sup>27</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm).

<sup>28</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de Setembro de 1926*. Institui emendas à Constituição Federal de 1891. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1926. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm).

<sup>29</sup> BRASIL. *Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916*. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm).

<sup>30</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.18.

<sup>31</sup> Artigo 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 penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.” BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*, de 1934. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm).

<sup>32</sup> Artigo 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proposição dos seus encargos”. BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*, de 10 de Novembro de 1937. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm).

<sup>33</sup> Artigo 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 da 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”. BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*, de 18 de Setembro de 1946. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm).

tratou da matéria como a Constituição de 1934.<sup>34</sup> Ou seja, a Constituição de 1937 não estabeleceu a forma do casamento, limitando-se a declarar que é indissolúvel. A de 1946 foi explícita, admitindo ambas as formas<sup>35</sup>.

O Código Civil de 1916 manteve o homem como chefe da família, enquanto a mulher casada estava incluída no rol dos relativamente incapazes, dificultou a adoção e só permitiu o reconhecimento dos filhos naturais, desde que não fossem adulterinos nem incestuosos<sup>36</sup>. Também manteve uma técnica canônica e o patriarcalismo conservador num Estado leigo e numa sociedade evoluída do século XX; aceitou os processos do direito canônico quanto à habilitação para o casamento, aos impedimentos, às nulidades e às anulabilidades e à indissolubilidade do vínculo matrimonial.<sup>37</sup> A palavra “família” não era empregada para caracterizar um círculo social, servindo apenas para qualificar o Direito de Família enquanto ramo do Direito Civil.<sup>38</sup>

O modelo estatal das famílias matrimonializadas dos séculos XIX e XX era marcado pelo patriarcalismo, pela indissolubilidade do casamento e pelo patrimonialismo, pois as pessoas se uniam com vistas à formação de patrimônio e posterior transmissão aos seus herdeiros, independentemente de laços afetivos. O patrimonialismo justificava a indissolubilidade do casamento, pois a desagregação da família significaria a desagregação da própria sociedade. A família era uma unidade de produção.<sup>39</sup> A família também era hierarquizada, pois era o homem sua figura central e autoritária.

Sobre o patriarca e o patriarcalismo, segue a lição de Mario Jorge Carneiro Duarte Bonfim<sup>40</sup>:

O patriarca era o centro de uma família numerosa, composta pelos cônjuges e seus filhos, mas incluindo criados, parentes, agregados e escravos, submetidos ao mando do patriarca, que era, ao mesmo tempo, marido, pai, senhor, algoz, provedor e outras características. O termo patriarcalismo, designa a prática desse modelo como forma de vida própria ao patriarca, seus familiares e seus agregados. Dessa forma, o pai constitui-se em um núcleo econômico e um núcleo de poder.

Em razão das duas Grandes Guerras Mundiais os chefes de família saindo tiveram de deixar suas casas para o serviço militar, levando as mulheres a desenvolver o papel de

<sup>34</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 91.

<sup>35</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954, p. 141.

<sup>36</sup> WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.21-22.

<sup>37</sup> WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.21.

<sup>38</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 52-54

<sup>39</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

<sup>40</sup> BONFIM, Mario Jorge Carneiro. *O patriarca tradicional e suas relações sociais na visão de Gilberto Freyre*. Semana de Mobilização Científica. UCSAL, 2015, p. 8.

direcionar e manter os filhos do casal, procurando atividades remuneradas, afastando-se das atividades exclusivamente domésticas, culminando na igualdade dos sexos.

Assim, o somatório das influências modelou a família matrimonializada, monogâmica, heteronormativa e patriarcal, vislumbrada nas Constituições e legislações.

Sobre o tema dispora com propriedade Pontes de Miranda, em trecho revelador:

A Religião, a Moral e os costumes de família, processos sociais estáveis e estabilizadores, predeterminam, em grande parte, a legislação estatal sobre (sic) a família. Por outro lado, a natureza mesma, as relações biológicas, fixam-lhe o quadro e exigem-lhe certas normas e cautelas. Em verdade, o legislador enche os espaços que são deixados pela vida humana em si e pelas relações de ordem religiosa, moral e de costumes, ou recobre os que correspondem a essas relações. A finalidade da legislação estatal, em matéria de direito de família, é regular e proteger a vida do par andrógino, assegurar a procriação dentro da legalidade, fixar o que é parentesco jurídico, necessariamente (sic) menor que o parentesco biológico, mas, em alguns pontos, excedente (afinidade, adoção), e proteger os menores e os incapazes.<sup>41</sup>

Esta estrutura de família foi plantada, criou raízes e, não obstante o progresso da sociedade, permaneceu gerando frutos. É dizer: apesar dos movimentos que buscam a igualdade entre as pessoas, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, as mudanças de comportamento e trato sociais e as consequentes alterações no ordenamento pátrio ainda são perceptíveis traços da dita “moralidade familiar”, no sentido de que durante muito tempo continuou-se a acreditar que “família” deve significar, ainda, a união sacramentada entre um homem e uma mulher.

Em verdade, muitos doutrinadores continuaram reproduzindo este entendimento até os dias atuais<sup>42</sup>, o que se reflete nas decisões judiciais.

<sup>41</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 76.

<sup>42</sup> Prova disto é a aprovação, pela Comissão Especial na Câmara dos Deputados, do Estatuto da Família (Projeto de Lei nº 6.583/2013) em 24/09/2015. O Projeto estabelece “família” como “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583/2013, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=351CDEB56697C2CE5F50C20ED57B82C8.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=351CDEB56697C2CE5F50C20ED57B82C8.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)>. Com o mesmo viés, o projeto de lei do Distrito Federal nº 173/2015, que foi aprovado na Câmara Legislativa no dia 30/08/2015, trazendo no seu artigo 2º que a família é composta por homem e mulher. Percebe-se, assim, uma tendência nacional em retomar a exclusividade da heteronormatividade para o conceito de família. BRASILIA. Projeto de Lei nº 173/2015, de 26 de fevereiro de 2015. Institui as Diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no âmbito do Distrito Federal. Brasília, DF: Câmara Legislativa. Disponível em: <http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!173!2015!visualizar.action>.

## 2.2 A FAMÍLIA SOB A ÓTICA DOUTRINÁRIA CLÁSSICA

Pontes de Miranda<sup>43</sup> caracterizou a família como a soma do par andrógino (homem + mulher) com sua prole. Entendia o homem como um semicírculo e a mulher como outro que, ao se unirem, constituíam o “círculo”, que era a família. Em sua lição, apontou e demonstrou que a expressão “família” já possuía multiplicidade de conceitos. Entre significados como “o conjunto das pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos” e “o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade (*sic*) ou de parentesco civil”, concluiu que o conceito mais apropriado seria a família formada por “marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra”<sup>44</sup>.

No parecer do jurista, o casamento era a fonte mais importante da família legal e uma proteção, pelo direito, das uniões efetuadas conforme normas e formalidades fixadas nos Códigos Civil.<sup>45</sup> Já o enxergava como um contrato, afirmando ser elemento essencial ao conceito moderno, diante da forma igualitária do casamento então atual<sup>46</sup>. Eis o seu conceito:

O casamento é contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver tóda (*sic*) a existência, legalizando por êle (*sic*), a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.<sup>47</sup>

Eduardo Espínola também traz dois conceitos, um abrangente e um sintético. O primeiro compreende as pessoas casadas, sua prole, os descendentes de tronco ancestral comum e os vinculados por adoção. Ou seja, são “órgãos” da família os pais, os ascendentes legítimos, os filhos, outros parentes legítimos e afins, os cônjuges, o tutor e o curador e o adotante. O segundo corresponde apenas aos cônjuges e seus filhos<sup>48</sup>.

Para este Autor, a família é um organismo social que sofre influência da religião, dos costumes e da moral, “aos quais a lei confere garantia coercitiva”. Ao estudar a natureza do direito de família, afirmou que “o direito individual é substituído por interesse superior, que é o da família, porque a tutela jurídica se destina a protegê-la mais frequentemente que a

<sup>43</sup> MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>44</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 52.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>48</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954, p. 7-8, 17.



qualquer dos seus membros”. Isto porque para Espínola há manifestação do interesse do Estado (apesar de o interesse da família ser predominante).

Para Espínola, as relações familiares têm natureza privada<sup>49</sup> e o casamento possuía natureza de contrato *sui generis*, pois apesar de ser constituído pela vontade dos contratantes de estabelecer sociedade conjugal, os direitos e deveres da relação foram fixados por normas de ordem pública. Trata-se de contrato (de direito) familiar, que também determina o estado civil das pessoas, o regime de bens, e origina as relações de família. O casamento legitima a relação de pessoas de sexos diferentes que se unem, bem como a prole que possa vir a se originar daquela união. Mesmo se ilegítima<sup>50</sup>, é responsabilidade de ordem moral e social do Estado protegê-la.<sup>51</sup> Eram elementos essenciais de existência do casamento o consentimento dos contraentes, a diversidade de sexo e a celebração do ato<sup>52</sup>.

Para Antônio Chaves, a monogamia é a melhor forma de relação sexual da raça humana para salvaguardar os interesses da sociedade, dos filhos e dos próprios pais, do que qualquer outra forma<sup>53</sup>, a saber, a poliandria e a poliginia<sup>54</sup>.

Na mesma linha de raciocínio de Pontes de Miranda e de Eduardo Espínola, afirmou que o conceito de família possui várias vertentes. Em síntese, é o conjunto de duas pessoas de sexos diferentes unidas pela união estável, ou vinculadas pelo casamento, ou pela filiação de sangue ou pela adoção. Em sentido amplo, integra as pessoas que convivem juntas, sob o mesmo teto e economia comum, abrangendo as pessoas ligadas por vínculo matrimonial ou por concubinato estável, seus filhos, os descendentes de tronco ancestral comum, e as que possuem liame psicológico reconhecido por formalidade legal – a adoção<sup>55</sup>.

O autor não registrou conceito próprio de casamento, limitando-se a expor os conceitos de Clóvis Bevilacqua, Virgílio de Sá Pereira e Lafayette Rodrigues<sup>56</sup>, para os quais o casamento era, respectivamente, um contrato bilateral solene através do qual um homem e uma mulher se unem de maneira indissolúvel, que legitima suas relações sexuais e estabelece comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que nascer de ambos; sociedade contratada solenemente por um homem e uma mulher, tendo

<sup>49</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954, p. 11-16.

<sup>50</sup> Ilegítima era a família que não tinha liame matrimonial.

<sup>51</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 41-42, 44-45.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 55-56.

<sup>53</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.16.

<sup>54</sup> “Poliandria” é termo utilizado para designar uma mulher casada com vários homens, enquanto “Poliginia” significa um homem casado com várias mulheres.

<sup>55</sup> CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p.22.

<sup>56</sup> Também trouxe o conceito de Pontes de Miranda, que já foi tratado em páginas superiores do presente trabalho.

sancionada pela lei sua união sexual, e a prole dela resultante; ato solene que une duas pessoas de sexos diferentes para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade e estreita comunhão de vida.<sup>57</sup> Ainda assim é possível resgatar da sua obra que o casamento é um contrato de natureza familiar que se constitui pelo consentimento livre dos esposos, que devem ser de sexo oposto, e tem por efeito o estabelecimento da sociedade conjugal, que determina o estado civil das pessoas e origina as relações de família, que são regulados por normas de ordem pública nos seus pontos essenciais.<sup>58</sup> Para Antônio Chaves a diversidade de sexo é uma condição de aptidão natural que se impõe por si mesma a tal ponto que a lei sequer a menciona. Trazendo a lição de Jorge A. Frias e Carlos Sampaio, concluiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é nulo.<sup>59</sup>

Caio Mario da Silva Pereira<sup>60</sup> também explora *definições* de família sob óticas distintas. Genericamente, a família é o conjunto de pessoas que descendem de ancestral comum, no qual se acrescenta o cônjuge, os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). O conceito genérico possui sentido sentimental e não aborda os efeitos imediatos da relação familiar, de forma que em alguns momentos é preciso entender a família como o conjunto de pessoas unidas pelos laços do casamento e da filiação. Outras definições, mais reduzidas no que tange a quantidade de pessoas que abarca, referem-se ao princípio da autoridade (grupo formado pelos pais e filhos donde se exerce a autoridade paterna e materna<sup>61</sup>), aos efeitos sucessórios (pessoas chamadas por lei a herdar umas das outras, a saber, parentes em linha reta e eventualmente colaterais até o quarto grau) e alimentares (ascendentes, descendentes e irmãos). Na seara previdenciária e tributária, abrange apenas o marido, a mulher, os filhos enquanto menores, salvo se inválidos ou se frequentam a universidade às expensas do pai até os 24 anos, e as filhas enquanto solteiras. Concluiu que a família não recebe tratamento uniforme e pacífico, vez que a ordem jurídica a enfoca em razão de seus membros ou relações recíprocas. O casamento legitimaria a família, sendo a união dissolúvel entre duas pessoas de sexos diferentes, realizando uma integração fisiopsíquica

---

<sup>57</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 56-57,

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>60</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva de. *Instituições de direito civil. Direito de família*. V. 5. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 15-18.

<sup>61</sup> O autor ainda faz referência, quanto ao “princípio da autoridade”, a participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Este fragmento de pensamento, de meados dos anos 1990, traduz a grênciã da vida dos filhos, resquício do pátrio poder.

permanente<sup>62</sup>, e que tem natureza jurídica contratual, tratando-se de contrato especial dotado de consequências peculiares, profundas e extensas<sup>63</sup>.

A partir das douradas palavras destes juristas, é possível concluir que as influências do direito romano e do direito canônico foram significativas para a formação dos conceitos de Família e Casamento no ordenamento civil e no imaginário da sociedade brasileira.

Faz-se necessário aludir à notoriedade da solidez da religião católica nas palavras destes doutrinadores, bem como no ordenamento civil pátrio anterior. A religiosidade não foi completamente retirada, isto é, as influências da religião permanecem, mesmo frente à laicização do Estado, conforme se observa nas similitudes entre o direito canônico e o direito de família no Código Civil de 2002<sup>64</sup>.

### 2.3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E CÓDIGO CIVIL DE 2002

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, os sistemas jurídicos ocidentais foram abalados com o declínio do patriarcalismo e o fulgor dos movimentos feministas. Houve repercussão no ordenamento jurídico quando a mulher deixou de ser assujeitada e passou a ser sujeito, a partir da quebra da indissolubilidade do casamento, o que exigiu novo contrato social-conjugal que, na concepção do doutrinador, necessita de renovação contínua de parceria, pois pressupõe condições de igualdade e não mais de subordinação como outrora.<sup>65</sup>

A primeira repercussão na legislação ocorreu com a entrada em vigor do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/62.<sup>66</sup> Em decorrência desta lei a mulher casada passou a contar com capacidade plena, tendo reconhecido o seu direito de trabalhar mesmo sem autorização do marido. No seu núcleo familiar observa-se também uma melhoria frente ao esposo e aos

---

<sup>62</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva de. *Instituições de direito civil. Direito de família*. V. 5. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 32.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>64</sup> Tal afirmação refere-se principalmente ao regime de impedimentos, previsto no artigo 1.521, e na quantidade de artigos que tratam do casamento, seus efeitos, direitos e deveres em múltiplas situações, v.g., na sucessão.

<sup>65</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha de. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172-173.

<sup>66</sup> BRASIL. *Lei nº 4.121*, de 27 de Agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Senado, 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm).

filhos. Assim, tanto fora do lar quanto no lar a mulher passou a ter sua posição jurídica aliviada.<sup>67</sup>

A Lei do Divórcio<sup>68</sup> trouxe importante contribuição para a família brasileira, visto que o casamento deixou de ser indissolúvel. Ademais, eliminou no ordenamento a incapacidade relativa da mulher e instaurou a igualdade de direitos. Com a Emenda Constitucional nº 66/2010<sup>69</sup>, não era mais necessário passar pelo degradante processo de separação judicial que impunha ao casal tentativas de reconciliação e a embaraçosa necessidade de permanecer casado por alguns anos quando já estava claro que não havia mais comunhão.

O artigo 240 do Código Civil de 1916<sup>70</sup> dispunha que “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”. Com a Lei nº 6.515/77, o *caput* desse artigo foi alterado, passando a ter a seguinte redação: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.”<sup>71</sup> Trata-se de expressão clara do princípio da igualdade *lato sensu* e de sua subespécie, a igualdade entre os cônjuges.

Até 1988 o Código Civil era a lei fundamental da família. Porém, os princípios básicos dessa legislação infraconstitucional acabaram sendo recolhidos pelo capítulo da família da nova Constituição.<sup>72</sup>

Após o período de Ditadura Militar no Brasil (1964-1985) vislumbrou-se tendência de (re)democratizar o país. A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988<sup>73</sup>, também conhecida como Carta Cidadã, foi elaborada e promulgada legítima e democraticamente. Neste novo momento democrático a Constituição assumiu o posto central do sistema jurídico brasileiro, refletindo em todo o ordenamento, devendo ser observada em toda atividade legislativa, hermenêutica e jurisprudencial.

<sup>67</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.324.

<sup>68</sup> BRASIL. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm).

<sup>69</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 66*, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF: Senado, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm).

<sup>70</sup> BRASIL. *Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916*. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm).

<sup>71</sup> CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 318-319.

<sup>72</sup> FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68.

<sup>73</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

Da supremacia normativa constitucional decorreu a necessidade de releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos, a elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas, a interação entre diferentes campos do conhecimento através da multidisciplinariedade<sup>74</sup>; essa releitura deve ser elaborada de acordo com sua tábua axiológica.

Seus títulos I e II trazem princípios<sup>75</sup>, direitos e garantias fundamentais, entre eles a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a construção de sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), a igualdade formal (artigo 5º, caput), a igualdade de sexos (artigo 5º, I) e o direito a intimidade e à vida privada (artigo 5º, X). Na seara do direito de família faz surgirem também os princípios da igualdade de cônjuges (artigo 226, §5º), da paternidade responsável e do planejamento familiar (§7º), e da igualdade entre os filhos (artigo 227, §6º), todos decorrentes dos princípios fundamentais.

O princípio da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Brasileiro e princípio fundamental, é aplicável às pessoas humanas pelo simples fato de serem pessoas<sup>76</sup>. A pessoa individualizada, dotada de dignidade, deve ser tratada como tal, pois “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”<sup>77</sup>

É o fim supremo de todo o direito, portanto sua eficácia atinge diversos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação.<sup>78</sup> Explica André de Carvalho Ramos que a dignidade da pessoa humana é valor que identifica o ser humano e dá unidade axiológica ao sistema jurídico, fornecendo substrato material para que os direitos floresçam. E conclui que seu conceito é polissêmico e aberto, e está em permanente processo de desenvolvimento e construção.<sup>79</sup>

<sup>74</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 53-54.

<sup>75</sup> Robert Alexy define os princípios jurídicos como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Em contrapartida, definiu as regras como “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90-91.

<sup>76</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O “*Fundamento do Direito*”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Almedina, p. 26-31.

<sup>77</sup> ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*: Resolução da Assembleia Geral da ONU 217-A (III), 10 de dezembro de 1948, artigo 1º. New York: ONU, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

<sup>78</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315.

<sup>79</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

De acordo com Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana não se limita ao Direito, mas constitui dado prévio, preexiste a toda experiência especulativa. Porém, o Direito exerce papel crucial na sua promoção e proteção.<sup>80</sup> Conceituou este princípio como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>81</sup>

E completa:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade.<sup>82</sup>

Na visão de Manoel Jorge e Silva Neto, colocar o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro e valor supremo da ordem jurídica mostra que é o indivíduo que está o núcleo central das atenções e assim deve ser obrigatoriamente.<sup>83</sup>

No sentir de Ricardo Maurício Freire, o legislador constituinte conferiu a qualidade de norma basilar de todo o sistema constitucional, orientando a compreensão do catálogo de direitos fundamentais, entre eles os artigos 170, caput (valorização do trabalho humano tem por fim assegurar existência digna conforme os ditames da justiça social), 205 (educação é direito de todos e dever do Estado e da família), 226, §7º (planejamento familiar é de livre decisão do casal), 227, caput (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...) e o artigo 230 (a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem estar). Para o autor, “a busca pela realização de uma vida

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 42.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

<sup>83</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315.

digna direciona o intérprete do direito à necessária concretização daqueles valores essenciais a uma existência digna”. Assim, as demais normas da Constituição, bem como o resto da ordem jurídica, deverão ser interpretadas consonante o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>84</sup>

O princípio da igualdade, também estabelecido pela Constituição Federal como direito fundamental, está previsto em seu artigo 5º, e é de extrema importância para o direito de família, pois é através deste princípio que se alcança a dignidade humana. É a partir dele que se estabelece a igualdade entre gêneros, cônjuges e filhos.

Alexandre de Moraes enxerga no princípio da igualdade tríplice finalidade: limitar o legislador e o Poder Executivo na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo a criação de tratamentos abusivamente diferenciados; limitar também o intérprete, que deverá aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecer diferenciações; e ainda o particular, que não poderá se pautar em condutas discriminatórias/preconceituosas/racistas, sob pena de responsabilização civil e penal, nos termos da lei.<sup>85</sup>

O direito à igualdade reflete-se pelo princípio da isonomia, que se classifica como direito individual por integrar o artigo 5º e, como tal, visa defender a autonomia da pessoa enquanto indivíduo para que ele possa desenvolver suas potencialidades e gozar de sua liberdade sem sofrer interferências, seja do Estado, seja de outro particular. O artigo supracitado é composto por 78 incisos, o que reflete a preocupação da Constituição brasileira com a proteção dos direitos humanos.<sup>86</sup>

Nos termos de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>87</sup>:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicidade pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Há de se aquiescer que quando se trata de pares de pessoas do mesmo sexo, estes direitos encontram dificuldade para se efetivar. Em verdade, o mais acertado é dizer que estes pares têm dificuldade em efetivar seus direitos, enquanto casais.

Apesar de o artigo 5º já deixar claro em seu *caput* que todos os brasileiros são indistintamente iguais e de garantir a inviolabilidade do direito à igualdade, é o inciso IV do

<sup>84</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 135-136, 146-147.

<sup>85</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 92-93.

<sup>86</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ªed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 676.

<sup>87</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ªed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 10.

artigo 3º que traz o princípio da isonomia, ao declarar que também é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A Constituição repudia qualquer tipo de preconceito.

Porém, os incisos do artigo 3º trazem diversas ressalvas, demonstrando que todos são formalmente iguais, mas há momentos em que é preciso discriminar para atingir a igualdade material. Na lição de Manoel Jorge e Silva Neto, precisamos desvendar quem são os iguais e quem são os desiguais, para fins de compreender o princípio em epígrafe. Isto porque o Estado intervencionista se ocupou em efetivar a isonomia hoje dita material ao aplicar a definição aristotélica, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, quando reconheceu as diferenças essenciais entre os indivíduos.<sup>88</sup>

Fala-se, portanto, em discriminação legítima e ilegítima.

Toda vez que a discriminação é consumada em razão de uma situação de fato que a determina, está-se diante da discriminação legítima; quando, todavia, não há correspondência entre o fato de desequiparação utilizado e uma circunstância de fato, observa-se a discriminação ilegítima.<sup>89</sup>

A discriminação legítima busca a igualdade material através da igualdade formal. É dizer: se na realidade fática, no cotidiano, a igualdade prevista materialmente, isto é, perante o ordenamento, não é efetiva, de nada adianta o artigo 3º, IV repudiar “quaisquer outras formas de discriminação” e o artigo 5º, caput prever que “todos são iguais perante a lei”.

Não é possível deixar questões como a discriminação em razão da cor da pele, gênero, religião, identidade de gênero e orientação sexual sem a proteção estatal *apenas* porque aqueles dispositivos abarcam genericamente todas as pessoas. A proteção da discriminação em razão da identidade sexual como vertente da igualdade não pode ser deixada de lado porque, considerando que a Constituição já prevê que todos os brasileiros são iguais, há quem acredite que se trata de algo de menor relevância diante de outras matérias que parecem carecer de mais atenção.

Uma coisa deve ficar clara: não se quer, de forma alguma, usar do “coitadismo”, do “favorecimento exacerbado”. Se assim fosse, estaria caracterizada a discriminação ilegítima, eivada de preconceito. Ser homossexual não coloca o indivíduo automaticamente em um grupo seletivo de pessoas que devem ter seu próprio ordenamento. A homossexualidade, o “sentir atração por pessoas do mesmo sexo” é uma característica individual que já foi tratada como doença. A demonstração de afeto entre pessoas do mesmo sexo era e ainda é vista como algo que deve ser escondido dos olhos alheios, principalmente dos infantes.

<sup>88</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 690.

<sup>89</sup> *Ibidem*, loc. cit.



O que se quer dizer é que o fato de uma pessoa sentir atração por pessoas do mesmo sexo não lhe soma nem subtrai defeitos ou qualidades. Uma pessoa homoafetiva não é “melhor” que uma heteroafetiva, assim como um casal homoafetivo não necessariamente vai ser melhor para a criança do que um casal heteroafetivo. Cabe ao judiciário clarear isto para a sociedade, como será oportunamente explorado, e sempre que for necessária a presença do Estado através da figura do juiz este será chamado a decidir se aquela família corresponde aos anseios e necessidades da criança, seja em caso de adoção, seja em caso de divórcio.

O argumento por trás da busca dos direitos igualitários é justamente em razão da condição de seres humanos e, como humanos, merecem direitos relacionados à pessoa humana. Entre eles está o direito de constituir família.

O princípio da igualdade também se ramifica<sup>90</sup> para designar tratamento isonômico entre homem e mulher (artigo 5º, I)<sup>91</sup> e, no âmbito do direito de família, entre cônjuges (artigo 226, §5º)<sup>92</sup>. No estágio evolutivo da sociedade, parece não haver sentido em tal proteção, pois a mulher já alcançou direitos antes coibidos, como visto alhures. Porém, parte-se do princípio que se algo está regulado, é porque a sociedade precisa ser lembrada de que o tratamento deve ser igualitário. Conforme asseveram Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a norma constitucional não iguala mulher e mulher física ou psicologicamente; ao revés, proíbe o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação. Cabe, contudo, o tratamento diferenciado sempre que houver motivo justificador<sup>93</sup>, conforme lição de Manoel Jorge já explanada.

A igualdade substancial entre os cônjuges do constituinte já prelecionava o que estava por vir. Não é anormal ver pessoas que contam com trinta anos que ainda reproduzem o modelo hierárquico e binário das famílias, no qual cada personagem tem o seu papel. Porém, não obstante todo o conservadorismo, também é notável que pessoas também de trinta anos já não reproduzem os ensinamentos dos seus pais, garantindo a solidariedade familiar de que tanto se fala. Nesses termos é possível concluir que a Constituição de 1988, dirigente que é, já buscava prospectivamente essa igualdade e parceria observada nos novos lares brasileiros.

---

<sup>90</sup> Também se descortina nos princípios de igualdade dos filhos, no princípio do planejamento familiar e da responsabilidade parental, que serão tratado em tópico específico do capítulo seguinte.

<sup>91</sup> Artigo 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)).

<sup>92</sup> Artigo 225, § 5º: Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL). *Ibidem*.

<sup>93</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 90.

O direito a felicidade também é compreendido como direito fundamental. De acordo com Maria Berenice Dias<sup>94</sup>:

O direito a felicidade não está consagrado constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida que é um direito fundamental, materialmente constitucional. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade.

A família é, conforme já visto previamente, protegida pela Constituição de 1988<sup>95</sup> assim como já vinha sendo desde a de 1891, porém, em termos completamente diferentes. Assim dispõe o artigo 226 do Texto Maior: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Também protege as uniões estáveis (§3<sup>o96</sup>) e as famílias monoparentais (§4<sup>o97</sup>), não se restringindo mais à família matrimonializada. De acordo com Schreiber, a doutrina já reconhece que o rol de arranjos familiares é aberto, podendo interpretar do texto constitucional que também são protegidas famílias como, por exemplo, as famílias recompostas<sup>98</sup>. A família foi, portanto, reformulada em suas bases essenciais. É como se todos quisessem “uma família para si”, de maneira que começou a se pensar em direito à autodeterminação familiar, que seria “o direito de cada pessoa humana à formação de uma família, a ser reconhecida como tal pelo ordenamento jurídico”.<sup>99</sup>

Também merece menção o princípio à intimidade e a vida privada, e o direito a sexualidade. Para Paulo Gustavo Gonet, “vida privada” cobre um amplo campo e sofre interferências emocionais. No seu sentir, “a privacidade é componente ainda de maior relevo de certas relações humanas, como o casamento, por exemplo”. É com a reclusão (periódica) à vida privada que o homem desenvolve livremente sua personalidade<sup>100</sup>. A sexualidade enquanto, integrante da própria condição humana, remete a impossibilidade de realizar-se como ser

<sup>94</sup> DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: O preconceito & a justiça. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

<sup>95</sup> BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>96</sup> Artigo 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL) *Ibidem*.

<sup>97</sup> Artigo 226, § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL), *Ibidem*.

<sup>98</sup> Famílias recompostas são “entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79

<sup>99</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

<sup>100</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 280-281.

humano “se não tiver assegurado o respeito de exercer livremente sua sexualidade como a liberdade à livre orientação sexual” e como meio de alcançar a felicidade.<sup>101</sup>

Com o advento da Constituição de 1988 surgiu o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, com a sujeição das normas e institutos deste ramo do direito aos princípios e regras constitucionais. Valores constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial marcaram a mudança do Direito Civil contemporâneo, outrora de base patrimonial, provocando sua despatrimonialização, o que inevitavelmente levará a sua repersonalização, “exigindo-se de todos uma releitura do Direito Civil a partir das lentes da Constituição e em consonância com os valores humanos”.<sup>102</sup>

Em poucas palavras, o Direito Civil Constitucionalizado trata-se de uma releitura do Código Civil a partir da tábua axiológica da Constituição Federal de 1988, uma “migração das regras e princípios fundamentais do Direito Privado para a sede constitucional, sem alterar a natureza privada da norma jurídica”.<sup>103</sup>

Com a Constitucionalização do Direito Civil, a preocupação dos aplicadores e legisladores do direito passou a ser o indivíduo, e não mais a família enquanto grupo. A partir do princípio da dignidade humana como farol do sistema jurídico, o indivíduo ganhou espaço, de forma que a família deixou de ser unidade produtiva e reprodutiva<sup>104</sup> e passou a ser protegida enquanto grupo social e agrupamento de indivíduos, passando a ser o espaço de solidariedade, respeito e auxílio mútuo.

Até a Carta Cidadã de 1988 a lei fundamental da família era o Código Civil Brasileiro de 1916. Esta lei infraconstitucional foi recolhida pelo capítulo da Família na Constituição. O que era incompatível não foi recepcionado.<sup>105</sup>

A Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2003<sup>106</sup> instituiu o “novo” Código Civil. Seu Projeto<sup>107</sup>, contudo, foi alvo de mais trezentas emendas, tendo em vista que se passaram vinte e oito anos até sua promulgação e, neste intervalo, foi aprovada a Lei do Divórcio, e inaugurado novo regime constitucional. Nesse sentido, atesta Rolf Madaleno:

<sup>101</sup> DIAS, Maria Berenice de. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 84.

<sup>102</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ªed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 62-63.

<sup>103</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 41.

<sup>104</sup> *Idem*. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 56-57.

<sup>105</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68.

<sup>106</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm).

<sup>107</sup> Projeto de Lei nº 634 de 11 de junho de 1975. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP\\_B.pdf#page=1](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1).

Efetivamente o Código Civil entrou em vigor com indúvidas defasagens e isso ficou muito claro quando trazida à memória a longa trajetória percorrida pelo Projeto de Lei nº 634/1975 do Código Civil Brasileiro, cuja tramitação legislativa no Congresso Nacional demorou vinte e seis anos, intercalando andanças entre a Câmara dos Deputados e o Senado, e em cujo período a sociedade brasileira realmente testemunhou significativas mudanças sucedidas no campo do Direito de Família e em especial no comportamento social da família brasileira depois de reescrito o Direito e depois de alterada a conduta social, que revisou os conceitos de ética e de moral entre cada integrante da célula familiar da multifacetária sociedade brasileira, originalmente modelada à luz dos cânones da Igreja Católica e dos valores configurados a partir de uma visão patrimonial da família”.<sup>108</sup>

Antônio Chaves<sup>109</sup> também demonstrou, com fidedignidade, a turbulência do procedimento legislativo do Projeto de 1975, ao relatar que após 1.063 emendas, o Relator-Geral, Deputado Ernani Sátiro acolheu, na parte relativa ao direito de família, as que atendiam ao princípio da igualdade entre os cônjuges. Assim, coube-lhe o mérito de tentar reconstruir o direito familiar de acordo com a tendência dominante no “Direito Moderno”.

Para Maria Berenice Dias, o grande ganho foi a exclusão de expressões e conceitos “que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade”. Enterraram dispositivos que “já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjectivações da filiação, o regime dotal etc.”.<sup>110</sup>

Assim, o Código Civil de 1916 cedeu espaço para a família constitucionalizada.<sup>111</sup> O novo Código Civil nasceu com olhar voltado para a pessoa humana e não mais para o seu patrimônio, como consequência da constitucionalização do direito civil, em clara demonstração da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas<sup>112</sup>.

A família (o direito de família) está regulada no Livro IV do Código Civil de 2002.<sup>113</sup> Apesar de a Constituição Federal já prever outras formas de família e já tratar-se de um conceito aberto, abrangendo diversas outras “espécies”, o Códex dá preferência ao casamento e seus efeitos, que, inclusive, encabeça o referido livro. São mais de cem artigos estabelecendo a

<sup>108</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.2.

<sup>109</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 336.

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de Direito das Famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

<sup>111</sup> FACHIN, Luiz Edson. *DIREITO DE FAMÍLIA: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.2.

<sup>112</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 84. Neste mesmo sentido, CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ªed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 62.

<sup>113</sup> BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm).

existência, validade e eficácia do casamento, enquanto a união estável possui cinco artigos específicos no Título III, e outras previsões espalhadas.

Concluiu Anderson Schreiber<sup>114</sup>, ao analisar o artigo 1.723<sup>115</sup>, que o Código Civil perdeu a chance de legislar sobre os direitos homoafetivos, pois em 2002 já era crescente a afirmação dos direitos dos casais homoafetivos. Cometeu, o legislador, grave equívoco ao ignorar a realidade, pois “não se dignou a dizer palavra”. Restou aos intérpretes e aplicadores do direito se desincumbirem deste papel.

É com profunda sensibilidade que Schreiber profere as seguintes palavras, em continuidade ao exposto:

Não basta, todavia, uma atuação proibitiva ou repressiva do direito. A intolerância secular, calcada em profundas raízes moralistas e religiosas, exige uma orientação proativa, de cunho promocional, com a veiculação de campanhas educativas que persigam não apenas a superação das práticas discriminatórias, mas também o desenvolvimento de uma efetiva conscientização em relação ao direito de cada um à sua autodeterminação afetiva e sexual. Ao reconhecer que tal aspecto integra a dignidade humana, dá-se importante passo para a visão renovada dos costumes e das instituições sociais, especialmente da família.<sup>116</sup>

Marcado pela dessacralização do casamento e pelas normas constitucionais que separaram o matrimônio do casamento, o Código Civil de 2002 estabeleceu no seu artigo 1.512 que “O casamento é civil”, porém garantindo que o casamento religioso que atender às exigências da lei será válido e equiparado ao casamento civil, desde que propriamente registrado, e que se submeta aos mesmos requisitos do casamento civil, inclusive possuindo efeitos civis se após o casamento religioso<sup>117</sup>. Segue, portanto, a linha da Constituição Federal<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> SHCREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 231.

<sup>115</sup> Art. 1.723 do Código Civil de 2002. “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. (BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)).

<sup>116</sup> SHCREIBER, Anderson. *Op. Cit.* p. 231-232.

<sup>117</sup> Art. 1.512: “O casamento é civil e gratuita a sua celebração”. (BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)).

Art. 1.515: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”. (BRASIL. *Ibidem*).

Art. 1.516: “O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil. § 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação. § 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532”. (BRASIL. *Ibidem*).

<sup>118</sup> Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”. (BRASIL,

Assim, de acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>119</sup>, a constitucionalização do Código Civil trouxe consigo a necessidade de elaborar e desenvolver novas categorias jurídicas, mais dinâmicas e conectadas com a vida social, sendo uma delas a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

## 2.4 UM NOVO OLHAR: A INTRODUÇÃO DO AFETO

Para Rolf Madaleno, o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto.<sup>120</sup> E como disse Fachin, não bastam as fotos na parede.<sup>121</sup>

Não há outra seara do direito em que o afeto poderia ser tão perfeitamente encaixado quanto no direito que cuida da vida privada dos seres humanos e das suas inter-relações. É na família que o afeto aparece em suas mais variadas formas.

Já prelecionava Pontes de Miranda:<sup>122</sup>

Uma coisa é certa: não teria condições de sobrevivência a criança sem o amor da mãe e sem a proteção do pai, que por sua vez não se dispensam mutuamente. A situação exige a organização de um sistema que permita esse desdobramento natural recíproco de desvelos: exatamente a família.

O afeto vai muito além de um princípio: é um sentir que precisa ser levado em consideração nas atividades legislativas e jurisdicionais. Vai além de sentimento; é uma ação, uma conduta; o cuidado, a proteção e a assistência notadamente na família conjugal e parental. Ganhou tamanha relevância para o ordenamento jurídico brasileiro que recebeu força normativa, tornando-se princípio e balizador de todas as relações jurídicas da família.<sup>123</sup>

Nesse sentido:

[...] é fácil compreender a importância do afeto na formação dos vínculos familiares, especialmente diante do texto constitucional assentado no seu artigo 1º, inciso III, com a cláusula geral de tutela da personalidade, onde a *dignidade humana* é valor fundamental da República.<sup>124</sup>

---

*Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>119</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 34.

<sup>120</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 6.

<sup>121</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51,

<sup>122</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.18.

<sup>123</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha de. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

<sup>124</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.6.

Muitos autores trarão seus conceitos, seus pareceres e seus posicionamentos sobre a inclusão do afeto no mundo jurídico e, principalmente no direito de família. A entrada do afeto no ordenamento enquanto valor jurídico possui a maior das importâncias, pois modificou radicalmente a família enquanto ente jurídico.

As transformações históricas e sociais e a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana colocaram em cheque quem deveria ser centro de preocupação, se a instituição ou as pessoas que a formam. Assim, foi “a vontade de estar e permanecer junto a outra pessoa” que foi eleito como elemento relevante, muito mais importante do que a vinculação ao modelo predeterminado de família.<sup>125</sup>

Sobre o tema, tratou Rolf Madaleno:

Porém, no mundo dos fatos, uma entidade forma-se por um afeto tal – tão forte e estreito, tão nítido e persistente – que hoje independe do sexo e até e até das relações sexuais, ainda que na origem histórica não tenha sido assim. Ao mundo atual, tão absurdo é negar que, mortos os pais, continua existindo entre os irmãos o afeto que define a família, quão absurdo seria exigir a prática de relações sexuais como condição *sine qua non* para existir a família. Portanto, é preciso corrigir ou, dizendo com eufemismo, atualizar o texto da Constituição brasileira vigente, começando por excluir do conceito de entidade familiar o parentalismo: a exigência de existir um dos pais.<sup>126</sup>

Conclui-se que o afeto não tem guarida apenas na relação entre pais e filhos, mas também entre tios e sobrinhos, avôs e netos, padrastos/madrastas e enteados. Mas não se olvida do sentimento de carinho, da parceria e companheirismo, e o gostar envolto em paixão que descreve o casamento. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal, “o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa”.<sup>127</sup>

É em razão do afeto que a família não tem mais as características hierárquicas, opressoras e patrimonialistas de outros tempos, em sua maior parte superados. Para Rolf Madaleno, hoje se estabelece na cumplicidade e solidariedade mútua. O ambiente familiar tornou-se, assim, centro de realização pessoal. Foi, inclusive, em razão da construção histórica e do

<sup>125</sup> CARBONERA, Silvana Maria. In CARLOS, Paula Pinhal de. *A Perspectiva Civil-Constitucional das Uniões Homossexuais e o seu Reconhecimento Enquanto Entidades Familiares: a Reprodução da Matriz Heterossexual pelo Direito como Obstáculo à Efetivação dos Direitos dos Homossexuais*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, nº 39, dez/jan 2007, p. 38.

<sup>126</sup> MADALENO, Rolf. *Op. Cit.* p. 6.

<sup>127</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p.120.

discurso psicanalítico que o afeto passou a ser visto enquanto valor jurídico e logo foi elevado a categoria de princípio.<sup>128</sup>

Para Maria Berenice Dias o direito ao afeto está ligado ao direito fundamental a felicidade, devendo o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos. O afeto foi, no seu sentir, reconhecido implicitamente a partir do reconhecimento da união estável (artigo 226, §3º), significando que é o afeto que une duas pessoas, que influenciou a igualdade entre os filhos e transformou a adoção em escolha afetiva, e estabeleceu o direito a convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem. Assim, despontaram novos modelos de família, mais igualitárias em relação a sexo e idade, mais flexíveis e menos sujeitas às regras, e mais atinentes ao desejo. Instalou-se uma nova ordem jurídica para a família.<sup>129</sup>

Por todo o exposto, pode-se concluir que o afeto “é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.<sup>130</sup> O princípio da afetividade também descortina o princípio da convivência familiar, que é relação afetiva duradoura entre as pessoas do grupo familiar.<sup>131</sup>

## 2.5 A(S) “NOVA(S)” FAMÍLIA(S)

Resta claro que as definições de casamento têm a natureza incerta e temporária de todas as coisas sociais<sup>132</sup>.

É importante observar que o estudo da família jurídica sempre esteve ligado ao casamento, que a legitimava e deslegitimava, tendo seus vínculos oficializados pelo Estado e/ou pela religião. Os juristas, em maioria, ainda confundem os conceitos de família com casamento, pois mesmo no terceiro milênio há quem pense que a família só pode se constituir através do casamento<sup>133</sup>. Daí a expressão “constituir família”, significando casar e ter filhos.

<sup>128</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípio da Afetividade. In Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

<sup>129</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53-54.

<sup>130</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>132</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial V.1*. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 93.

<sup>133</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica*. 2ªed. Belo Horizonte: DelRey, 1999, p. 30.



Parece que as definições de família ou são politizadas, com um propósito social, ou são extremamente românticas. Mas é justamente este exagero de significados e conceitos para “família” e “casamento” que amolda perfeitamente a realidade social.

A família pode ser vista como agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito. A lei sempre vem depois do fato, e procura “congelar a realidade”, porém, a modificação da realidade reflete na lei. Por força disto, a família do direito nunca corresponde à família natural, que é preexistente ao Estado e está acima do direito. A família é uma construção cultural, formada por personagens que não necessariamente tem ligação biológica. É essa estrutura familiar que merece ser investigada e preservada, enquanto Lar no seu aspecto mais significativo: Lugar de Afeto e Respeito<sup>134</sup>.

“Família”, quando pensada fora do direito, é um conceito subjetivo, material. Pode abarcar mãe, pai, filho(s), sogro(s), tio(s), cunhado(s), animais de estimação... Como também pode referir-se apenas ao “núcleo familiar”, ou seja, só os pais, ou só a mãe, ou só o pai, só os avós, só o cônjuge... Essa é a mudança que foi conjecturada pelos grandes doutrinadores familistas do passado. A família teve suas feições radicalmente alteradas em múltiplos aspectos, e permanece em mutação, como se observa nas doutrinas mais recentes, apesar de algumas serem mais conservadoras do que outras.

A tutela constitucional deixou de promover a família enquanto instituição para a família enquanto grupo de indivíduos, recaindo a proteção para as pessoas humanas que a integra.

Maria Berenice Dias ao tentar conceituar a família, concluiu pela “relação de pessoas ligadas por um vínculo de consaguinidade, afinidade ou afetividade”.<sup>135</sup> Já Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald enriqueceu o conceito, tornando-o mais afetivo. Para estes doutrinadores, a família é o local em que a pessoa nasce inserida, e trata-se de “ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”<sup>136</sup>.

### **2.5.1. Família homoafetiva**

Relacionamentos homossexuais sempre existiram. Não há impedimentos de ordem biológica, pois se trata apenas de pessoas que desejam se relacionar e ocorrem por ser do

<sup>134</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de direito das famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

<sup>135</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de direito das famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

<sup>136</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p.12.

mesmo sexo. Os impedimentos são de ordem moral, e já foram também de ordem legal e constitucional, como já visto.

Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze asseveram, acertadamente, que homossexualidade não se configura como doença nem perversão, “devendo ser qualquer tentativa de enquadramento jurídico nesse sentido ser encarada como uma afronta escancarada ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Assim, homossexualidade é um modo de ser e interagir e se consubstancia no afeto e/ou contato sexual com pessoa do mesmo sexo.<sup>137</sup>

A doutrina e a jurisprudência entendiam a união entre pessoas do mesmo sexo como sociedade de fato, em razão das consequências patrimoniais decorrentes do relacionamento.

Sociedade de fato era uma resposta, no direito das obrigações, embasado no direito societário<sup>138</sup>, para os relacionamentos entre pessoas de sexo *oposto*, que estavam impedidas de casar, de maneira que, sob a égide do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição, não estava inserida nas relações de direito de família.

Tais consequências eram regidas pelos mesmos princípios gerais de direito que amparavam a sociedade de fato entre homem e mulher, no que concerne à comunicação dos bens adquiridos com o produto do esforço comum na constância da união e/ou o direito de indenização pelos serviços prestados no curso da convivência<sup>139</sup>.

Em razão da ausência de disciplina legal à união homoafetiva, aplicava-se a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal<sup>140</sup>, que permitia a partilha de bens adquiridos em esforço comum quando comprovada a existência da sociedade de fato<sup>141</sup>.

Porém, nem todos os casos de relacionamentos amorosos se resumiam a direitos obrigacionais, razão pela qual se buscava que esses relacionamentos fossem reconhecidos como uniões estáveis ou casamentos. Alguns projetos de lei buscavam disciplinar a relação

---

<sup>137</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: A família em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 482.

<sup>138</sup> A sociedade de fato hoje conhecida como sociedade comum é uma sociedade despersonalizada, ou seja, sem personalidade jurídica pelo não cumprimento das solenidades legais exigidas para sua aquisição por conta disso, não são reconhecidas como sujeitos autônomos de direitos e obrigações. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário*. V.1. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 298.

<sup>139</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 51.

<sup>140</sup> Supremo Tribunal Federal. *Sumula nº 380*. “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”. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_40\\_0](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_40_0).

<sup>141</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. *Op. cit., loc. cit.*

homoafetiva, como o Projeto de Lei nº 1.151 de 1995<sup>142</sup> da deputada Marta Suplicy que até a presente data se encontra na Câmara dos Deputados.

Também foram muitos os pedidos de declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo que foram analisados pelo Judiciário ao longo dos anos, mas que foram considerados improcedentes e reconhecidos como sociedade de fato. Toma-se como exemplo o acórdão abaixo:

**SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMONIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTENCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTENCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDENCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO 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 POSSESSORIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.

(REsp 148.897/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/02/1998, DJ 06/04/1998, p. 132)<sup>143</sup>

Apesar de serem normais as decisões que estabeleciam que duas pessoas do mesmo sexo não poderiam constituir família, sendo caracterizadas apenas como “sociedades de fato”, já se observava uma tendência de mudança.

Com o tempo, com a militância e os novos rumos da família enquanto ente social, o Direito Homoafetivo foi ganhando notoriedade. A injustiça de deixar casais homossexuais à margem da proteção do sistema legal brasileiro passou a ser flagrante, e chamou a atenção do Supremo Tribunal Federal, que se percebeu diante do crescente número de demandas cujos autores eram casais homoafetivos buscando o reconhecimento da união estável ou sua conversão para casamento, ou requerendo a adoção, e muitos outros direitos garantidos apenas aos companheiros e pessoas casadas heteroafetivos. As demandas mencionadas estavam sendo descartas sem exame de mérito, e os projetos de lei prospectivos nesse sentido caíam no esquecimento nas Casas Legislativas. Mas algumas decisões foram positivas:

<sup>142</sup> BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.151* de 26 de outubro de 1995. Disciplina a união civil de pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>.

<sup>143</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 148.897-MG – Proc. 97 661245*. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DJ 06 abr. 1998. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199700661245&dt\\_publicacao=06-04-1998&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700661245&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=).

**UNIAO HOMOSSEXUAL. RECONHECIMENTO. PARTILHA DO PATRIMONIO. MEACAO PARADIGMA.**

NAO SE PERMITE MAIS O FARISAISMO DE DESCONHECER A EXISTENCIA DE UNIOES ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A PRODUCAO DE EFEITOS JURIDICOS DERIVADOS DESSAS RELACOES HOMOAFETIVAS. EMBORA PERMEADAS DE PRECONCEITOS, SAO REALIDADES QUE O JUDICIARIO NAO PODE IGNORAR, MESMO EM SUA NATURAL ATIVIDADE RETARDATARIA. NELAS REMANESCEM CONSEQUENCIAS SEMELHANTES AS QUE VIGORAM NAS RELACOES DE AFETO, BUSCANDO-SE SEMPRE A APLICACAO DA ANALOGIA E DOS PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO, RELEVADO SEMPRE OS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE HUMANA E DA IGUALDADE. DESTA FORMA, O PATRIMONIO HAVIDO NA CONSTANCIA DO RELACIONAMENTO DEVE SER PARTILHADO COMO NA UNIAO ESTAVEL, PARADIGMA SUPLETIVO ONDE SE DEBRUCA A MELHOR HERMENEUTICA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA, PARA ASSEGURAR A DIVISAO DO ACERVO ENTRE OS PARCEIROS. (Apelação Cível Nº 70001388982, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 14/03/2001)<sup>144</sup><sup>145</sup>

**AÇÃO DECLARATÓRIA – RECONHECIMENTO – UNIÃO ESTÁVEL – CASAL HOMOSSEXUAL – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – CABIMENTO** – A ação declaratória é o instrumento jurídico adequado para o reconhecimento da existência de união estável entre parceria homoerótica, desde que afirmados e provados os pressupostos próprios daquela entidade familiar. A sociedade moderna, mercê da evolução dos costumes e apanágio das decisões judiciais, sintoniza com a intenção dos casais homoafetivos em abandonar os nichos da segregação e repúdio, em busca da normalização de seu estado e igualdade às parselhas matrimoniais. Embargos infringentes acolhidos, por maioria (segredo de justiça). (TJRS – Embargos Infringentes nº 70011120573 – 4º Grupo de Câmaras Cíveis – Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – J. 10.06.2005)<sup>146</sup>.

**APELAÇÃO CÍVEL. 1) NORMA PREVIDENCIÁRIA MUNICIPAL. COMPANHEIRO HOMOSSEXUAL NÃO CONTEMPLADO. FALTA DE MENÇÃO EXPRESSA. IRRELEVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. ANSEIOS SOCIAIS. 2) UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. CONSEQUÊNCIAS PREVIDENCIÁRIAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRECEDENTES DO STJ. PENSÃO CAUSA MORTIS DEVIDA. 3) PRETENSO DÉFICIT NO ORÇAMENTO PÚBLICO. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO. MAXIMIZAÇÃO DOS EFEITOS. RECURSO IMPROVIDO.** 1) Conquanto a norma previdenciária municipal não contemple expressamente o companheiro homossexual como dependente econômico do de cujus, óbvio que a ausência de uma menção expressa não obsta que o julgador, diante de princípios maiores, inclusive elevados a

<sup>144</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70001388982. Apelante: E.H.O. Apelado: N.G. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, DJ 14 março. 2001. Disponível em: <http://goo.gl/J8BpZx>.

<sup>145</sup> Maria Berenice Dias aponta, em voto dos Embargos Infringentes nº 70011120573 (abaixo), que foi o Des. José Carlos Teixeira Giorgis quem pela primeira vez assegurou direito às uniões homoafetivas, e foi a partir do julgamento dos referidos Embargos Infringentes que observou significativo avanço no panorama nacional.

<sup>146</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70011120573. Embargante: C.W. Embargado: M.P. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, DJ 18 novembro. 2005. Disponível em: <http://goo.gl/2Bzq4Y>.

patamar constitucional, venha a conceder uma interpretação ampliada à norma sub examine, de modo a compatibilizá-la com os anseios sociais. 2) Não há como sustentarmos a procedência das alegações recursais da Municipalidade no sentido de que, por força da expressa redação do art. 11, da Lei 4.399/97, não possa a união homoafetiva ter consequências previdenciárias, o que estaria a desprestigiar princípios constitucionais maiores como o da dignidade da pessoa humana, mormente já tendo o C. STJ manifestado-se em prol da possibilidade de concessão de pensão causa mortis ao companheiro homossexual. 3) Forçoso relembrar os estudos da doutrina alemã, em especial a de Robert Alexy, o qual ensinava que, diante de um conflito de princípios constitucionais, a fim de se escolher entre um e outro a ser aplicado ao caso concreto, a saída é encontrada a partir da maximização de seus efeitos. Recurso improvido. (TJES, Classe: Apelação, 24040071151, Relator: RÔMULO TADDEI, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 21/11/2006, Data da Publicação no Diário: 04/12/2006)<sup>147</sup>

**PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.**

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

<sup>147</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 24040071151. Apelante: Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Vitória. Apelado: Rosinaldo Rodrigues Ribeiro. Relator: Des. Rômulo Taddei. Vitória, DJ 04 dezembro. 2006. Disponível em: [http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta\\_jurisprudencia/Ementa\\_sem\\_formatacao\\_ACO\\_RD.cfm?CDRECURS=187394](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/Ementa_sem_formatacao_ACO_RD.cfm?CDRECURS=187394).

(REsp 820.475/RJ, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 06/10/2008)<sup>148</sup>

Paula Pinhal de Castro trouxe as palavras de Elisabeth Roudinesco para apresentar a família moderna e romântica, a inserção do afeto enquanto valor, que garantiu a inclusão dos homossexuais enquanto seres humanos dignos e valorosos e sujeitos de direito:

Roudinesco distingue três grandes períodos na evolução da família. Numa primeira fase, a família tradicional serve para assegurar a transmissão do patrimônio, motivo pelo qual os casamentos eram arranjados pelos pais, não se levando em consideração a vida sexual e afetiva dos futuros cônjuges. Numa segunda fase, tem-se a família moderna, que era fundada no amor romântico. A partir dos anos 1960, impõe-se o modelo da família contemporânea ou pós-moderna, a qual une dois indivíduos que buscam relações íntimas ou realização sexual. Além disso, a duração desta última família é relativa. Tem-se que, ainda, conforme a autora, embora tenha sido muito dessacralizada, a família ainda permanece como a instituição humana mais sólida da sociedade. Foi a partir da desvinculação do casamento e da sua entrega pela ciência ao poder das mães (por meio do controle da procriação) que o modelo familiar tornou-se acessível aos que dele eram excluídos: os homossexuais. A família é hoje, então, 'reivindicada como o único valor seguro ao qual ninguém quer renunciar. Ela é amada, sonhada e desejada por homens, mulheres e crianças de todas as idades de todas as orientações sexuais e de todas as condições.'<sup>149</sup>

Eis o que Luis Edson Fachin chama de “transformações que retiram o véu hipócrita que encobre a negação dos efeitos jurídicos em virtude de orientação sexual decorrem da alteração do sentido das relações familiares, que passam a dar valor ao afeto, à solidariedade e à constituição de uma história em comum”<sup>150</sup>.

“Pode ser localizada, a partir do texto constitucional brasileiro que assegura a liberdade, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º da Constituição Federal de 1988), a **inviolabilidade da intimidade e a vida privada** (art. 5º, X), a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana”<sup>151</sup>.

<sup>148</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 820.475-RJ – Proc. 97 661245. Recorrente: A.C.S. e outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 06 out. 2008.

Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=713694&n\\_um\\_registro=200600345254&data=20081006&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=713694&n_um_registro=200600345254&data=20081006&formato=PDF).

<sup>149</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. In CARLOS, Paula Pinhal de. A Perspectiva Civil-Constitucional das Uniões Homossexuais e o seu Reconhecimento Enquanto Entidades Familiares: a Reprodução da Matriz Heterossexual pelo Direito como Obstáculo à Efetivação dos Direitos dos Homossexuais”. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8. nº 39, dez/jan 2007, p. 37.

<sup>150</sup> FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 35.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 121.

As “sociedades de fato” passaram a ser *sociedades de afeto* com o simples, porém brilhante argumento de que o que não está juridicamente proibido está permitido. Este foi o entendimento da Corte Maior em decisão histórica, com efeito vinculante, publicada em 06 de maio de 2011, do julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132<sup>152</sup> e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277<sup>153</sup>. Pela proteção dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, e da Intimidade, restou juridicamente legitimada a união estável entre casais de pessoas do mesmo sexo. Anunciou-se o afeto como vencedor, assim como direito à busca da felicidade.

Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça se alinhou a este entendimento, ao reconhecer a possibilidade de habilitação para o casamento de duas mulheres, no qual se afirmou, *in verbis*:

A dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é nem aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento. (STJ, Ac. 4ªT, REsp 1.183.378/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25/10/2011)<sup>154</sup>.

A partir de 2011 muitos relacionamentos duradouros passaram, finalmente, a receber o *status* de *casamento*. A jurisprudência favorável é longa, e conta com a sensibilidade dos juristas no tocante a busca a felicidade.

O conceito de família, assim, foi estendido aos pares homoafetivos que, além de terem sido reconhecidos como entidades familiares desde aquela data, puderam se unir, gozando das proteções, direitos e deveres da união estável, e, posteriormente, se casar ou converter a união estável em casamento, em razão da Resolução 175 do CNJ<sup>155</sup>, firmada pelo Ministro Joaquim Barbosa, que em seu artigo 1º “vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

Saliente-se que a lacuna na Constituição não obstaculizou o reconhecimento legal das uniões afetivas, em razão de a Lei Maria da Penha trazer em seu bojo, especificamente em

---

<sup>152</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DJ 13 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.183.378-RS – Proc. 2010/0036663-8. Recorrente K. R. O. Recorrido: L. P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 01 fev. 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000366638&dt\\_publicacao=01/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012).

<sup>155</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>.

seu artigo 5º inciso III<sup>156</sup> o conceito de família como qualquer relação íntima de afeto, e ainda ressaltar, em seu parágrafo único, que as relações pessoais nele enunciadas independem de orientação sexual<sup>157</sup>.

Com o reconhecimento do caráter familiar entre relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, começaram a despontar decisões que não mais discutiam a natureza do relacionamento, mas sim as suas consequências.

Interessante o caso exposto no acórdão abaixo, proferido em Ação de Separação de Corpos e Afastamento do Lar Conjugal.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL DE NATUREZA HOMOAFETIVA. MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS E AFASTAMENTO DA REQUERIDA DO LAR COMUM. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO, MALGRADO A INEQUÍVOCA PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. ALEGADA INSUPORTABILIDADE DA CONVIVÊNCIA. DETERIORAÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE AS CONVIVENTES TRADUZINDO SITUAÇÃO DE COMPROMETIMENTO À SAÚDE EMOCIONAL DA AUTORA, ACOMETIDA DE QUADRO DEPRESSIVO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL, À LUZ DO ART. 527,III, DO CPC. ORDEM REFERENDADA PELA TURMA. RECURSO PROVIDO.**

Sendo fato a deterioração da convivência homoafetiva e, diante de relatório médico que atesta o estado depressivo que acomete a autora onde expressa a recomendação de “tentar-se ao máximo protegê-la de fatores estressantes”, mostra-se oportuno o afastamento da agravada do lar comum, até final solução da demanda. Provimento do recurso.

Em seu voto o Desembargador José Olegário Monção entendeu que, a partir do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, pessoas do mesmo sexo desfrutam dos mesmos direitos e do exercício de deveres inerentes à união estável se preenchidos os requisitos legais específicos da união estável, a saber, convivência factual pública, contínua, duradoura e com perspectiva de vida em comum. Então, também é possível assegurar-lhes a possibilidade de requerer judicialmente a separação de corpos, que é “instrumento eficaz para prevenir ou solver conflitos de natureza familiar sempre que se tornar impossível a continuação da vida sob o mesmo teto”<sup>158</sup>.

Na Bahia, a partir do provimento 12/2012 da Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) e da Corregedoria das Comarcas do Interior (CCI) publicado no Diário de Justiça Eletrônico (DJE) em 10 de outubro de 2012, reeditou, para atualizar e fazer vigor em todo o Estado da Bahia,

<sup>156</sup> BRASIL. Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Artigo 5º inciso III. Brasília, DF: Senado, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm).

<sup>157</sup> DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: O preconceito & a justiça. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.109-110.

<sup>158</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento nº 0304200-45.2012.8.05.0000. Agravante: Maria Evangelina Leal de Carvalho. Agravado: Avany Dantas da Silva Macedo. Relator: Des. José Olegário Monção Caldas. Salvador, DJ 20 novembro. 2012. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=50059>.



com as alterações dispostas neste ato, o Provimento n.º 04/07 da Corregedoria Geral de Justiça, cuja ementa estabelece:

**PROVIMENTO N° 04/2007**

Institui normas e orientações procedimentais, visando ao cumprimento das disposições contidas na Lei Federal n.º 11.441/07, no que tange à lavratura de escrituras de Inventário de Bens e Partilha, Divórcio Consensual e Partilha de Bens, bem como orienta aos cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais sobre o procedimento a ser adotado nas habilitações de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.<sup>159</sup>

## 2.6 O CASAMENTO CONTEMPORÂNEO

Em razão da Constituição de 1988<sup>160</sup>, o casamento deixou de ser o único elemento constitutivo da Família, e com o Código Civil de 2002, esta deixou de carecer de legitimação.

Apesar desta cisão, o casamento continua sendo uma das formas de estabelecer uma família. Afinal, casar deixou de ser uma imposição social, assim como formar uma família. Isto fica claro quando se pensa nas uniões estáveis de muitos anos que nunca foram convertidas em casamento, e na tendência entre os mais jovens de não se casar.

Casar e “constituir família” são direitos e faculdades das pessoas. Estão intrinsecamente ligadas a dignidade da pessoa humana e a busca pela felicidade. Afinal, como aponta Maria Berenice Dias, “parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar”<sup>161</sup>.

Diferente do que reproduz o artigo 1.513. do Código Civil de 2002<sup>162</sup>, não cabe a qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, em razão dos princípios da privacidade e do planejamento familiar. É afirmar: ninguém, nem o Estado, pode se colocar entre o desejo de duas pessoas de se unirem em matrimônio, salvo, por óbvio, os impedidos<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> PROVIMENTO CONJUNTO N.º CGJ/CCI - 12/2012/PROVIMENTO N° 04/2007. Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento\\_conjunto\\_12\\_2012.pdf](http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_conjunto_12_2012.pdf).

<sup>160</sup> Artigo 226, §3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)).

<sup>161</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de direito das famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

<sup>162</sup> Artigo 1.513: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)).

<sup>163</sup> Artigo 1.521 do Código Civil de 10 de janeiro de 2002. *Ibidem*.

Sublinhe-se que o casamento deixou de ser *a única forma* de constituir família, o que não quer dizer que deixou de ser elemento relevante a constituição de uma família. Resta, contudo, verificar como incorreram as mudanças sociais e legislativas no que concerne ao seu conceito.

### 2.6.1 Conceito(s)

O Código Civil de 2002, apesar de trazer dezenas de artigos que têm como pressuposto o vínculo matrimonial, deixou de conceituar o Casamento, apesar de determinar que ele “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (artigo 1.511).

Camilo Colani concluiu pela existência de múltiplas acepções de “casamento” que não se excluem, mas se complementam: o casamento enquanto entidade biológica-reprodutiva, enquanto entidade social, e enquanto entidade jurídica<sup>164</sup>. De acordo com o autor, “tem-se o casamento estritamente biológico quando dois ou mais seres tiverem convivência sexual apenas com finalidade reprodutiva, através da fusão de seus gametas (reprodução sexuada)”<sup>165</sup> Enquanto entidade sexual, é “organização social formada por um grupo de pessoas, vinculadas entre si por laços de parentesco, e que possua interesse próprio que possa ser defendido perante outras organizações sociais”.<sup>166</sup> Na acepção jurídica, trata-se de “situação social de duas ou mais pessoas a quem o Estado atribui a qualidade de casados, outorgando-lhes prerrogativas e obrigações próprias em suas relações externas, bem como prerrogativas e obrigações próprias de cada um de seus membros em suas relações internas”.<sup>167</sup>

Para Colani, casar-se é uma opção de viver com outra pessoa em comunhão, com a finalidade de constituir família.<sup>168</sup> Seu conceito não poderia ser mais pertinente e acertado.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o casamento é “entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial”.<sup>169</sup>

<sup>164</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>167</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>169</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p.146.

Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano<sup>170</sup> conceituam o Casamento no direito brasileiro como

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

### 2.6.2 Natureza jurídica contratual e desejo de casar

Além do advento da Lei do Divórcio que retirou o caráter “perpétuo” do casamento, também contribuiu para as alterações nas definições ao longo do tempo é o enfoque que lhe foi dado, pois o Casamento passou a ser visto como contrato, perdendo o sentido de ser instituição ante os parágrafos 3º e 4º da Constituição Federal de 1988, que não mais reconhecem o casamento como única forma válida e exclusiva de constituir uma família<sup>171</sup>.

Como o Código Civil de 2002 não conceituou o Casamento, reacende-se a discussão sobre a sua natureza jurídica, conforme Colani<sup>172</sup>. No Brasil já se observou debate sobre este tópico, do qual derivaram três correntes: a contratualista, a institucionalista, e a mista.

A contratualista parte da ideia de que o elemento volitivo aparece tanto na formação quanto no decorrer do casamento, influenciando ainda aspectos diversos como o regime de bens e a escolha de utilizar o sobrenome do cônjuge ou não.<sup>173</sup>

Instituição é o antônimo de contrato; trata-se de uma situação jurídica cujas regras são fixadas previamente pelo legislador, de forma que os interessados não manifestam sua vontade. As consequências desta natureza do casamento seriam: a celebração pelo representante do Estado; a teoria das nulidades do casamento é distinta das teorias de nulidade dos contratos; o consentimento recíproco das partes não pode pôr fim ao matrimônio; e os efeitos do casamento são de ordem pública.<sup>174</sup>

Já a teoria eclética entende que o casamento é contrato na sua formação, e instituição em sua existência e finalidade.<sup>175</sup>

<sup>170</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118-119.

<sup>171</sup> BRITO, Fernanda de Almeida. *União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos*. São Paulo: LTr, 2000, p. 30.

<sup>172</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Op. Cit* Forense, 2006, p. 52.

<sup>173</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 52.

<sup>174</sup> CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 65-66.

<sup>175</sup> COLANI, Camilo. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57.

Seguindo a linha das doutrinas familistas há pouco apresentadas, entende-se pela natureza jurídica contratual *sui generis* do casamento em razão da manifestação de vontade dos nubentes. Entende-se, portanto, que são a voluntariedade e a expressão de vontade entre duas pessoas que regem o casamento do seu início ao fim.

Apesar de alguns doutrinadores entenderem que o casamento *está* contrato<sup>176</sup> em razão da sua volatilidade diante da história, é cabível entender que assim permanecerá, tendo em vista exatamente a vontade como elemento essencial para sua constituição, pois além de caracterizar o casamento, ou melhor, de determinar sua natureza jurídica, o elemento “vontade” também passou a ser um fenômeno.

Para ser assinalada como fenômeno, parte-se de duas premissas. Primeira: O casamento tornou-se uma opção. É possível concluir que há uma *faculdade* de casar pois a Lei do Divórcio garantiu a sua dissolubilidade; porque a Carta Maior prevê a união estável; e porque já se fala em contrato de namoro<sup>177</sup> e em uniões livres<sup>178</sup>. Segunda: Os casais adiam os planos de se casar. Com a evolução da sociedade, ainda que o casal almeje se casar (considerando que, conforme a primeira premissa, eles têm esta *opção*), percebe-se que os namorados também optam por adiar seus planos, buscando primeiro a conclusão de planos e sonhos individuais e estabilidade financeira.

Assim, é possível concluir que é a vontade que fundamenta o casamento, não só lhe constitui. A “vontade” é a resposta para a pergunta “por que as pessoas ainda se casam”, e essa vontade têm fontes diversas. Há, por óbvio, a ideia romântica facilmente extraída de romances, filmes e músicas. Também é perceptível a vontade de celebrar o amor perante os amigos e familiares e, por óbvio, não se pode olvidar da pressão social, impossível de ser desfeita tão rápido após centenas de anos de influência.

### 2.6.3 Efeitos pessoais do casamento

---

<sup>176</sup> Nesse sentido, Camilo Colani (*Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57) e Cristiano Chaves. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015 p. 150-151).

<sup>177</sup> “ Trata-se de um negócio celebrado por duas pessoas que mantem relacionamento amoroso – namoro, em linguagem comum – e que pretendem, por meio da assinatura de um documento, a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável”. GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de namoro. Disponível em [www.jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro](http://www.jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro).

<sup>178</sup> “O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus participantes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 463

Em decorrência do caráter contratual do casamento surge o plano de eficácia. É dizer: uma vez constituído o casamento, dele decorrem efeitos. “Pode-se, em resumo, dizer que efeitos do casamento são todas as possíveis consequências decorrentes do ato matrimonial, ainda que não estejam especificadas na lei”<sup>179</sup>.

Em razão do princípio constitucional de igualdade (artigo 5º, I) e do artigo 226 §3º, conclui-se que são deveres tanto do homem quanto da mulher, não existindo hierarquia.

O artigo 1724 do Código Civil traz os direitos e deveres recíprocos do casal, a saber, o dever de lealdade, o de respeito, o de assistência e o de guarda, sustento e educação dos filhos. No sentir de Rodolfo Pamplona, o dever de lealdade se refere ao “compromisso de fidelidade sexual e afetiva”. Houve momento em que era dever a convivência sobre o mesmo teto. Contudo, a Súmula nº 382 do Supremo Tribunal Federal<sup>180</sup> decidiu pela dispensabilidade deste dever.<sup>181</sup> O dever de respeito decorre, em verdade, do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que deve ser efetivado por e entre toda e qualquer pessoa, não só o cônjuge.

De acordo com Paulo Lôbo, o dever de mútua assistência envolve tanto aspectos morais quanto materiais, decorrendo do princípio da solidariedade familiar. Trata-se de exigência de ordem pública. A assistência moral diz respeito ao carinho, cuidado e atenção devotados à pessoa do cônjuge, “na alegria e na tristeza”. A assistência material refere-se aos provimentos dos meios necessários ao sustento da família, como no que se refere a residência, alimentação, saúde, lazer, entre outros.<sup>182</sup>

[...] a vida é o melhor bem que possuímos, mas também é verdade que ninguém pediu para nascer. Assim, se o casal optou por ter filhos, surge, imediatamente, a responsabilidade derivada da maternidade e paternidade, que se inicia, na assistência pré-natal, não só em relação à vida da gestante, mas também à do nascituro que já tem esses direitos e não meras expectativas.<sup>183</sup>

Para Camilo Colani, “consolida-se não só no apoio material, consistente, por exemplo, no pagamento de despesas de moradia, alimentação, lazer etc., como também na presença física e moral, no fato de conversar, trocar ideias e projetos comuns”.<sup>184</sup>

<sup>179</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 125.

<sup>180</sup> Supremo Tribunal Federal. Súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400)

<sup>181</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 499-500.

<sup>182</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145-146.

<sup>183</sup> LOTUFO, Maria Alice Zaratini. *Curso Avançado de Direito Civil*. Direito de Família. V.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

<sup>184</sup> BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 130.

Maria Helena Diniz entende que “a cada um dos consortes e a ambos simultaneamente incumbe zelar pelos filhos, sustentando-os ao proe sua subsistência material ou ao fornecê-lhes alimentação, vestuário, medicamentos, etc.; guardando-os ao tê-los na sua companhia, vigiando-os, embora possam interná-los em colégios ou pensionato, tendo em vista o interesse ao próprio descendente, e educando-os moral, intelectual e fisicamente, de acordo com suas condições sociais e econômicas”.<sup>185</sup>

O princípio da solidariedade familiar traduz a afetividade que une os membros da família e concretiza “uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar”. Tem por escopo a determinação do amparo, da assistência material e moral recíproca entre todos os familiares, em respeito ao princípio da dignidade humana. Possui, assim, repercussão patrimonial.<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V.5. 26ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

<sup>186</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95.

### 3 FILIAÇÃO

Conforme demonstrado alhures, a união casamentária monogâmica e indissolúvel gozava de grande importância.<sup>187</sup> Para sua preservação, o vetusto ordenamento civil anterior, evitado de conservadorismo, discriminava os filhos em legítimos e ilegítimos. Estes poderiam ser meramente naturais, quando os pais não eram casados (cabendo, inclusive, a *legitimação*), e espúrios quando existisse algum impedimento ao casamento dos seus genitores, podendo ser adulterinos ou incestuosos. Os filhos adotivos não eram nem legítimos, nem ilegítimos.

A religião católica teve papel fundamental na determinação do padrão familiar. Crescer e multiplicar era uma obrigação que deveria ser cumprida no seio do matrimônio<sup>188</sup>, justamente porque as relações sexuais só eram permitidas após o casamento.<sup>189</sup> Consequentemente, os filhos oriundos do casamento religioso estavam abençoados, legitimados. Não só. O modelo clássico de paternidade ora analisado assentou-se na estrutura patriarcal de formação e manutenção das famílias, notadamente as matrimoniais<sup>190</sup>.

Era o capítulo II do Título V no Código de 1916 que disciplinava a legitimidade da filiação, sendo “legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa-fé”<sup>191</sup>. Assim, eram legítimos aqueles que derivavam de um homem e de uma mulher casados.

---

<sup>187</sup> A relação matrimonial ainda possui grande importância e goza de ampla proteção. Prova disto são as presunções de paternidade, que trazem o casamento como elemento essencial, pois até os dias atuais presume-se que o marido é o pai, mesmo após o divórcio ou a morte.

<sup>188</sup> “... com base nos argumentos e dogmas instituídos sobre o tema, a Igreja Católica iniciou doutrina segundo a qual, sendo o matrimônio um sacramento e sujeito à indissolubilidade, todas as demais uniões entre homem e mulher fora do casamento eram uniões instáveis e precárias, passíveis de pronta dissolução, apresentando-se como mero concubinato e, assim, desqualificado”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 360-361.

<sup>189</sup> A obrigatoriedade no comando bíblico “crescei e multiplicai-vos” em Gênesis 1:28 bem como a proibição do sexo antes do casamento não foram extintas na doutrina católica. Contudo, não é possível olvidar que os dogmas vêm recebendo novas interpretações, mais alinhadas a realidade social.

<sup>190</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, p. 340-341.

<sup>191</sup> BRASIL. *Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916*. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Artigo 337. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm).

Esse regime de exclusão fundava-se no gênero, no sangue e na família, propiciando uma modelação das relações de direitos a partir de um padrão social com interesses dominantes.<sup>192</sup>

Das lições de Orlando Gomes<sup>193</sup> é possível compreender filiação como a ligação de ascendentes e descendentes, em primeiro grau. O *parentesco legítimo* se originava da geração na constância do casamento, de maneira que o vínculo das pessoas naquela relação de parentesco era estabelecido pelo sangue. O parentesco legítimo era o parentesco natural<sup>194</sup>.

O conceito doutrinário dominante era, portanto, a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram na constância das justas núpcias<sup>195</sup>.

Por força da impossibilidade de auferir a paternidade com certeza (pois *mater sempre certa est* - a mãe é sempre certa), o ordenamento criou a presunção *pater is est quem (justae) nuptiae demonstrant*, ou seja, presume-se que o pai da criança é o marido da mãe. Tinha, portanto, a fidelidade da mulher como pressuposto.

Havia uma óbvia dificuldade em determinar com precisão o vínculo genético, pois a ciência não estava evoluída para tanto. Washington de Barros Ribeiro se debruçou sobre o assunto em 1999 e confirma:

Com a declaração *são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento* firmava o Código o princípio segundo o qual *pater is est, quem nuptiae demonstrat*. Com os recursos de que dispõe, procura o legislador enfrentar e resolver o mistério da concepção e da paternidade, até agora impenetrável<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> FACHIN, Edson Luiz. Direito de Família, elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52.

<sup>193</sup> Malgrado a época em que escrevia as linhas do seu livro, Orlando Gomes demonstrou as tímidas mudanças da sociedade brasileira tangentes a filiação, ao manifestar preocupação com a flagrante (e proposital) discriminação dos filhos no Código Civil, conforme se interpreta do seguinte parágrafo: “Quem se der ao trabalho de compulsar o Código Civil, na edição em que começou a vigorar, verificará que tratava os filhos ilegítimos com flagrante discriminação, até mesmo os filhos simplesmente naturais; tanto nas relações pessoais como nas relações patrimoniais. Isto porque àquele tempo, em 1916, até mesmo na sucessão dos filhos naturais, não eram tratados em pé de igualdade com os legítimos, fazendo jus ao recebimento de herança, mas apenas a metade do que coubesse aos filhos do casal, se com estes concorressem. E o Código era categórico e veemente na proibição do reconhecimento voluntário ou judicial dos filhos espúrios, isto é, dos filhos adulterinos e dos filhos incestuosos”. GOMES, Orlando. Direito de Família, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 326.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 300-304.

<sup>195</sup> O conceito de justas núpcias já foi contemplado no capítulo anterior.

<sup>196</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 242.



### 3.1 AVANÇOS NO CAMPO DA FILIAÇÃO

Antes da promulgação da Carta Federal de 1988 já havia uma tendência nacional em igualar todas as espécies de filhos. Tal tendência igualitária teria se iniciado, segundo Orlando Gomes<sup>197</sup>, com uma interpretação, por alguns tribunais, de um dispositivo da Carta Constitucional de 1937<sup>198</sup> que se referia aos filhos sem os discriminar<sup>199</sup>, uma vez que a discriminação teria se evaporado, e os filhos simplesmente naturais estavam equiparados aos filhos legítimos. A partir da Lei nº 883/49<sup>200</sup> (que dispunha sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos e foi revogada pela Lei nº 12.004/09<sup>201</sup>), permitia-se o reconhecimento dos adúlteros em determinadas circunstâncias. Na sequência, a Lei do Divórcio<sup>202</sup> equiparou, para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza<sup>203</sup>.

Foi a Magna Carta de 1988 que deu fim a distinção entre os filhos no âmbito legislativo. Com o parágrafo 6º do artigo 227 consagrou-se o *princípio da igualdade entre os filhos*, proibindo qualquer tratamento discriminatório quanto a filiação ao proferir: “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação”.

Esta norma-princípio<sup>204</sup> foi introduzida no ordenamento brasileiro por força da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>205</sup>, de 1948, que no item 2 do seu 25º artigo deixa claro que “todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção

<sup>197</sup> GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1993, p. 326.

<sup>198</sup> BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*, de 10 de Novembro de 1937. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm).

<sup>199</sup> Considera-se que o renomado autor estaria se referindo ao artigo 126 da Carta Constitucional de 1937, pois não o citou em sua obra. Dizia o referido artigo: “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”.

<sup>200</sup> BRASIL. Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949. “Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos legítimos”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm).

<sup>201</sup> BRASIL. Lei nº 12.004 de 29 de julho de 2009. “Altera a Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm).

<sup>202</sup> BRASIL. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. “Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”. Brasília, DF: Senado, 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm).

<sup>203</sup> Alterou alguns artigos da Lei nº 883/49 como, por exemplo, o parágrafo 1º do art. 1º: “Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável”.

<sup>204</sup> De acordo com Humberto Ávila, as normas podem ser normas ou princípios. “A qualificação como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.35.

<sup>205</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. (1948). Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

social”. No mesmo sentido, o artigo 17, item 5 do Pacto de San José da Costa Rica<sup>206</sup> determina que “A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento, como aos nascidos dentro do casamento”<sup>207</sup>.

Na mesma esteira o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990<sup>208</sup>, ratificou em seu artigo 20 o texto da Constituição, assim como a Lei Civil de 2002, no seu artigo 1.596<sup>209</sup>. Curiosamente, alguns doutrinadores creem que esta repetição é desnecessária, pois a norma constitucional é auto executável e possui força normativa própria.<sup>210</sup>

Maria Berenice Dias<sup>211</sup> resume o atual panorama social brasileiro:

No atual estágio da sociedade, não mais interessa a **origem** da filiação. Os avanços científicos de **manipulação genética** popularizam a utilização de métodos reprodutivos, como a fecundação assistida homóloga e heteróloga, a comercialização de óvulos e espermatozoides a gravidez por substituição, e isso sem falar ainda na clonagem humana. Ditos avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação.

Neste ponto da história, pós-princípio da igualdade entre os filhos, a sociedade brasileira se vê diante de um novo conceito de filiação; um conceito mais preocupado com o afeto<sup>212</sup> do que com a transmissão de bens – que já teve o seu papel, afinal, “a família tradicional, ligada pelo casamento, era o mecanismo apropriado para transmitir os bens por via hereditária de por gerações”.<sup>213</sup>

Dentre tantos conceitos doutrinários, o mais completo é o de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que conceituam filiação como a relação de parentesco em primeiro grau, em linha reta, entre a pessoa que foi gerada, ou criada, e as pessoas que a geraram ou a acolheram e criaram, e esta relação se baseia no afeto e na solidariedade, tendo em vista o

<sup>206</sup> BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. “Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969”. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm).

<sup>207</sup> Anote-se que mesmo influenciado pelos referidos diplomas de direito internacional, que não trataram da adoção, o constituinte teve o cuidado de fazer a feliz e necessária menção aos filhos adotivos.

<sup>208</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).

<sup>209</sup> Artigo 1.596: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)).

<sup>210</sup> Embora também afirme a desnecessidade da repetição, Paulo Lôbo reflete sobre a importância da ratificação do Código Civil, pois “contribui para reforçar sua natureza de fundamento, assentado no princípio da igualdade, determinante de todas as normas subsequentes”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217-218.

<sup>211</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 390.

<sup>212</sup> O *afeto* e seu impacto no direito das famílias foram tratados oportunamente em capítulo anterior.

<sup>213</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. V. 6. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 267.

desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal dos envolvidos<sup>214</sup>. Nota-se que a frieza da letra da lei se esvai, dando espaço ao amor e ao verdadeiro desejo de ter filhos, desatrelado da obrigação<sup>215</sup>.

No direito brasileiro a filiação é biológica ou não-biológica, e possui três classificações: a partir dos critérios cunhados pelo legislador brasileiro<sup>216</sup>; pela socioafetividade; pela genética. Assim, o vínculo parental pode ser legal (ou jurídico), biológico ou socioafetivo.

O primeiro se baseia nas presunções expostas no artigo 1.597 do Código Civil de 2002<sup>217</sup>, subsistindo a presunção *pater is est*. A filiação biológica se restringe a fecundação natural e a inseminação ou fecundação artificial homóloga, na constância do casamento ou da união estável. Trata-se de filhos nascidos de um casal heterossexual, vez que o embrião necessariamente é gerado pelos gametas masculino e feminino do casal, seja “naturalmente”, através do coito, seja artificialmente, através da inseminação ou da fecundação artificial. A mãe genética se confunde com a parturiente, pois é ela quem carregará a criança em seu ventre.

Com a promoção do afeto no ordenamento jurídico surgiu a filiação socioafetiva, que está fundada no princípio do melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana<sup>218</sup>; independe do vínculo genético. Aqui, ocorre a perfilhação; é dizer que os pais declaram explícita ou implicitamente que desejam ter aquela pessoa como filha. São modalidades de

<sup>214</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 543.

<sup>215</sup> Para Paulo Lôbo, filiação é um fenômeno socioafetivo com conceito relacional, pois trata-se de relação entre duas pessoas através do nascimento, da adoção, da posse do estado de filho ou da reprodução assistida heteróloga. Procede do latim *filatio*, que significa “procedência, laço de parentesco dos filhos com os pais, dependência, enlace. (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216).

<sup>216</sup> Fábio Ulhoa Coelho afirma que “a finalidade da classificação é ilustrativa, destina-se unicamente a delimitar a extensão do conceito, porque, independentemente do tipo de filiação, os direitos e deveres associados à relação vertical são absolutamente idênticos”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V.5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

<sup>217</sup> Art. 1.597, Código Civil 2002. “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

<sup>218</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.390.

filiação socioafetiva a adoção, a posse do estado de filho<sup>219</sup> e a inseminação artificial heteróloga<sup>220</sup>.

A igualdade entre os filhos, tão deslumbrante e merecedora de aplausos no plano das ideias, carece de verdade no plano real. Prova disto é a presunção de paternidade. Nota-se que não obstante a disposição do princípio da igualdade entre os filhos na Constituição Federal em seu artigo 226, §6º, no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 20<sup>221</sup> e no Código Civil de 2002 no artigo 1.596, persiste a discriminação e a relevância da filiação decorrente do matrimônio entre homem e mulher, bem como a fidelidade desta.<sup>222</sup>

Ao descrever as mudanças no contexto da filiação justamente no período de transição entre o antigo e o novo Código Civil, Sílvio Venosa, embora tratasse da contemporaneidade, traz em suas palavras uma verdade que sobreviveu a um passado não muito remoto:

A lei, porém, não tem o condão de simplesmente apagar a verdade social patente e evidente: filhos continuam a nascer fora do casamento e, com frequência, a sociedade acolhe-os diferentemente, quando não os marginaliza<sup>223</sup>.

A distinção entre os filhos ocorria fundamentada na realidade da sociedade patriarcal e matrimonializada; desbocou nas questões morais para, depois, transbordar. A (i)moralidade reside nas “dimensões interiores da existência humana, porque regulam a consciência individual” e, apesar de serem “puramente interiores”<sup>224</sup> têm sanções penosas às pessoas que sofrem, pois são constantemente exteriorizadas. Aqui estão incluídas as crianças e as pessoas que almejam ser pais.

---

<sup>219</sup> Curiosamente, Maria Berenice Dias utiliza o termo “posse do estado de filho” de maneira diversa da maioria da doutrina. Enquanto para alguns trata-se apenas de um tipo de filiação, Maria Berenice se utiliza do termo como pressuposto para a filiação. É dizer: filho é aquele detém a posse do estado de filiação. *Ibidem*, p.405.

<sup>220</sup> A adoção e a reprodução assistida heteróloga serão tratadas em tópicos específicos. A posse do estado de filho, por sua vez, não tem guarida no presente trabalho, em razão da sua complexidade quando associada aos efeitos no direito do trabalho, notadamente nas licenças maternidade e paternidade. O termo refere-se ao *status* de filho adquirido ao longo do tempo, em razão do tratamento de pai para filho e da fama deste tratamento no meio que a pessoa com posse do estado de filho e a(s) outra(s), com posse do estado de pai(s), convivem. Há doutrinas que exigem o elemento “uso do nome de família”. A análise das licenças devidas neste tipo de perfilhação merece um estudo cauteloso e completo, razão pela qual não será alvo de exame.

<sup>221</sup> Artigo 20: “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”. (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)).

<sup>222</sup> Também neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 102).

<sup>223</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. V. 6. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 267.

<sup>224</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30.

O imaginário da sociedade, notadamente da geração que viveu sob a égide da distinção entre os filhos e viu a mudança do Código Civil, permanece poluído pela ideia de que filhos ou são naturais<sup>225</sup>, ou são bastardos, ou são adotivos.

Quer se dizer o seguinte: essa geração, que ainda são pais ou já são avós, compreendem a máxima “filho é filho” pois todas as crianças merecem cuidados; contudo – embora não por mal, mas por mera submissão inconsciente à cultura antepassada -, a expressão sempre vem acompanhada da ideia “apesar de ser adotivo (ou bastardo), é como se fosse filho *de verdade*”.

A relevância desta análise tem a ver com obstinação por preconceitos que é característica da sociedade brasileira.

Mesmo hoje, que teórica, constitucional e legislativamente esteja superada a discriminação entre filhos em razão da sua origem (se oriundos de um casamento ou não) por já se ter concluído que é desarrazoada e infundada, a discriminação se encontra estampada na legislação. Neste diapasão, não é surpresa que ao debate sobre as origens soma-se a filiação oriunda de casais homoafetivos. É a sociedade superando um preconceito para algar-se a outro.

No atual cenário está sedimentado que não há mais relevância em investigar se o filho advém de duas pessoas casadas; o que aparenta não prescindir de importância é se os sexos destas duas pessoas são opostos.

Dessa forma, a criança fica mais uma vez refém das decisões (e, no que concerne aos pares homoafetivos, da natureza) dos seus pais, das quais ela não tem responsabilidade. E se é ela a principal interessada – e é foco de interesse – e, mesmo assim, não pode mudar seus pais e nem sofrer consequências para as quais não deu causa, da mesma forma não deveria haver intromissão da sociedade no sentido de atrapalhar a concretização do desejo de uma família por casais homoafetivos.

### **3.1.1 Entre o direito e o desejo: o planejamento familiar e a paternidade responsável**

Chama-se filiação *propriamente dita* quando tratada pelo lado do filho, *paternidade* quando visualizada pelo genitor, e *maternidade* pela genitora<sup>226</sup>. Contudo, em linguagem jurídica,

---

<sup>225</sup> Aqui não se está utilizando o termo “naturais” como filhos que nasceram fora da constância do casamento, mas sim como filhos biológicos *lato sensu*.

“paternidade” abrange, em sentido amplo, tanto a maternidade quanto a paternidade, e é assim que deve ser interpretada a expressão “paternidade responsável”<sup>227</sup> no artigo 226, §7º da Constituição Republicana de 1988, *in verbis*:

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.

O escopo do planejamento familiar é resguardar a família no sentido de que não sejam formadas sem condições de sustento e manutenção. Estes problemas decorrem de crescimento demográfico desordenado, cabendo, portanto, ao Poder Público propiciar recursos educacionais e científicos para que o planejamento familiar seja implementado.<sup>228</sup>

A Lei nº 9.263/96<sup>229</sup>, que versa sobre o planejamento familiar, entende tal instituto como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. (Artigo 2º).

Mister observar desde já que o referido parágrafo do artigo 226 da Magna Carta não estabelece que o planejamento familiar é livre decisão do pai e da mãe (homem e mulher), mas sim do *casal*. Considerando as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que interpretaram a Constituição para equiparar os direitos dos casais homoafetivos aos direitos dos casais heteroafetivos, é possível entender que a expressão *casal* refere-se igualmente aos casais de pessoas do mesmo sexo.

Nesta linha de raciocínio, é possível aplicar a mesma lógica à expressão “casal” no artigo 2º da Lei do Planejamento Familiar, não obstante a presença dos termos “homem” e “mulher”. Afinal, o artigo 1º<sup>230</sup> deixa claro que o planejamento familiar é direito de todo *cidadão*, não se limitando ao casal. Assim, o artigo 2º pode estar se referindo às famílias monoparentais (“pela mulher”, “pelo homem”) e aos casais, hétero ou homossexuais.

Para Maria Berenice Dias “planejamento familiar também significa o projeto de parentalidade”<sup>231</sup>. Seguindo a mesma linha de pensamento, Paulo Lôbo<sup>232</sup> se debruça sobre

<sup>226</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 6. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 320.

<sup>227</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.242.

<sup>228</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 103-104.

<sup>229</sup> Lei nº 9.263 de 12 de Janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm). Acesso em: 29/09/2014.

<sup>230</sup> Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

<sup>231</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de Direito das Famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 392.

<sup>232</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 218.

o planejamento familiar e analisa a liberdade de escolher ter filhos ou não, e planejar quando e como:

No Brasil, os pais são livres para planejar sua filiação, quando, como e na quantidade que desejarem, *não podendo o Estado ou a sociedade estabelecer limites ou condições*. Os filhos podem provir de genética conhecida ou desconhecida (doadores anônimos de gametas masculinos ou femininos – art. 1.597 do Código Civil), de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada.

Na esteira desse pensamento fica claro que o planejamento de filiação se desdobra a *qualquer pessoa, independentemente* de gênero e orientação sexual<sup>233</sup>, tendo como único critério o desejo de ser pai ou mãe. Não cabe ao Estado nem a sociedade determinar por quem, como, e se este desejo deve ou não ser concretizado. Trata-se de livre decisão do casal, conforme art. 226, §7º da Constituição Federal, que está pautado “nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”<sup>234</sup>.

Este “querer ser pai” (ou mãe) recebe tutela jurídica, uma vez que está estabelecido o Direito à Parentalidade no artigo XVI da Declaração Universal de Direitos Humanos, que prevê que homens e mulheres têm *direito de constituir família como direito subjetivo*<sup>235</sup> sem determinar que devem necessariamente fazê-lo com pessoas do sexo oposto.

A homoparentalidade, que é basicamente o direito à parentalidade a pessoas homoafetivas, é a realização, a efetividade desses desejos por casais homossexuais. Questiona-se então por que a tutela dos seus direitos deveria ficar à margem se os mesmos desejos, anseios e realidades de casais heteroafetivos são externados pelos casais homoafetivos, e se a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos determina, em seu artigo II, que todos devem gozar os direitos e as capacidades nela previstas, independentemente de qualquer tipo de distinção. Também no seu artigo VII estabelece que “todos são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação” que viole a Declaração<sup>236</sup>.

Luiz Edson Fachin ainda analisa a parentalidade sob a ótica dos filhos, evocando que não se trata apenas de direito e desejo dos pais, mas sim em direito dos filhos de ser família, de

<sup>233</sup> A liberdade de planejamento familiar não deixa de ser um argumento favorável a filiação por pares homoafetivos, pois não traz no seu bojo a discriminação, mas a congregação das espécies de famílias.

<sup>234</sup> LÔBO, Paulo. *Op. cit., loc. cit.*

<sup>235</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.161.

<sup>236</sup> ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos: Resolução da Assembleia Geral da ONU 217-A (III)*, 10 de dezembro de 1948, artigo 1º. New York: ONU, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

criarem em ambiente saudável, tendo atendidas no mínimo suas necessidades básicas: saúde, habitação e educação<sup>237</sup>.

Ademais, o *caput* do artigo 227 da Magna Carta estabelece:

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

As crianças também são protegidas pela Convenção sobre os Direitos da Criança.<sup>238</sup>

Seguindo a linha do princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade, toda criança tem direito a crescer em um ambiente que lhe proporcione segurança, afeto, dignidade e o desenvolvimento de sua personalidade.

Negar a paternidade exclusivamente em razão da orientação sexual do casal não é só privar duas pessoas de uma experiência por eles almejada e, da qual, têm pleno direito; é também, em última análise, negar a uma criança seu direito ao desenvolvimento digno previsto constitucionalmente a todo cidadão brasileiro.

Estabelecido que o projeto parental é direito do casal homoafetivo, resta verificar quais são as formas que estes casais podem se valer para perquirir o desejo da parentalidade.

### 3.2 ALCANÇANDO O DIREITO-DESEJO DE FILIAÇÃO

Reconhece-se a história bíblica de Abraão como o primeiro caso de filiação socioafetiva, pois sua esposa estéril, Sarai, pediu-lhe que se deitasse com a criada para que ele

---

<sup>237</sup> FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74.

<sup>238</sup> O Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe: "Recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais; Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade; Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão". BRASIL. Decreto nº 99.710 de 21 de Novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). [acesso em 29/09/2014].



realizasse seu destino de ser pai<sup>239</sup>. Na contemporaneidade, outro pioneiro também merece ser citado. João W. Nery<sup>240</sup> narrou seu desejo em ser pai com muita sensibilidade:

Voltei à tona, já quase sem ar. Percebi então o horizonte do outro lado da baía. A luz difusa dos prédios do centro do Rio insistia em provar que a vida continuava.

A chuva apertou. Saí do mar. Quando cheguei à calçada, o céu trovejou. Um raio clareou a noite. Tudo em volta parecia gritar algo.

A enorme vontade de ser pai. O bebê que chegou tarde, por falta de mãe. Agora talvez estivesse chegando outro neném. O desejo de ser pai pulsou forte novamente dentro de mim.

Os passos se apressaram, agora mais firmes. Sem hesitar, dirige-me cada vez mais rápido para casa. A imagem dela grávida era mais forte do que qualquer traição. Não iria abandonar essa nova chance. Não por falta de pai<sup>241</sup>.

A procriação, como disse Sílvio Venosa, é um fato natural<sup>242</sup>. Para Pamplona e Stolze, a filiação é um fato da vida<sup>243</sup>, e há quem não enxergue outra forma desta vida senão amando seus filhos.

É de fato *natural* para a espécie humana desejar que a família cresça, irrelevante o motivo; pode ser para passar seus conhecimentos para outra(s) pessoa(s), o desejo de gerar o filho, o sentimento de solidariedade ao adotar uma criança, ou apenas porque trata-se de uma consequência lógica da vida. Quer por imposição cultural, quer pelo simples desejo de perpetuar a espécie, o projeto parental<sup>244</sup> está arraigado na sociedade brasileira, via de regra.

É verdade que, de acordo com o Censo Demográfico 2010<sup>245</sup>, aumentou o percentual de casais sem filhos na primeira década do século XXI, passando de 14,9% para 20,2% do total de famílias, tendo como influência a mudança nas estruturas das famílias, a maior participação da mulher no mercado de trabalho, as baixas taxas de fecundidade e o envelhecimento da população. Vale acrescentar ainda a influência da igualdade entre

<sup>239</sup> Gênesis 16, Antigo Testamento.

<sup>240</sup> NERY, João W. *Viagem solitária. Memórias de um transexual trinta anos depois*. São Paulo: Leya, 2011. E-book, p. 245.

<sup>241</sup> João W. Nery foi o primeiro transhomem de que se tem notícia no Brasil. Diante da sua impossibilidade de gerar filhos, aceitou a traição da esposa em prol da paternidade. Almejava ser pai de qualquer maneira, como é possível interpretar, sem esforços, do seguinte trecho: "Não importava se não fui eu quem o tinha gerado. Seria eu quem o ajudaria a se tornar um homem de verdade". *Ibidem*, p. 249.

<sup>242</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. V. 6. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 265.

<sup>243</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: A família em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 622.

<sup>244</sup> Projeto parental é o projeto pessoal dos seres humanos de constituir família e gerar e criar filhos (SAPKO, *apud* DIAS. 2011, p. 160).

<sup>245</sup> Censo Demográfico 2010: Famílias e domicílios, p. 70. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd\\_2010\\_familias\\_domicilios\\_amostra.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf).

homens e mulheres alcançada historicamente e com guarida no primeiro inciso do artigo 5º da Constituição Federal<sup>246</sup>.

Em função dos resultados do Censo 2010 resta saber os motivos que levam as pessoas a terem filhos no contexto atual de evolução da sociedade e das famílias.

Para elucidar esta dúvida, foi realizada uma pesquisa na Internet, no período de 04 de setembro a 01 de outubro de 2015, através de formulário (Anexo 1), questionando aos brasileiros porque eles desejam ou não desejam ter filhos. As opções oferecidas nos quesitos "por que quer/quis ter filhos" e "por que não quer/quis ter filhos" eram ilustrativas, genéricas e embasadas em pesquisa, não refletindo a opinião de quem criou o formulário e, caso o participante não se identificasse com as respostas, poderia utilizar a opção "Outros".

A pesquisa foi respondida, em sua maioria, por mulheres (71,8%) heterossexuais (55,8%), de todas as regiões do país. A faixa etária predominante foi entre 18 e 30 anos (75,9%), sendo a grande maioria solteira (74,4%).

De acordo com a pesquisa, que abrangeu 872 pessoas, 783 delas não têm filhos (89,8%), o que tem correspondência com a faixa etária predominante, conforme os dados do Censo Demográfico. Desse grupo, 570 desejam ter filhos (71,9%), 187 não desejam (23,6%) e 36 nunca pensaram a respeito (4,5%). Em seguida, as pessoas que tiveram ou desejam ter filhos no futuro responderam os motivos que as levaram a esta decisão. Dentre as opções, a grande maioria almeja vivenciar esta experiência (66,4%), seguida das pessoas que desejam dar continuidade às suas gerações (23,3%). Muitas ainda desejam adotar (21,9%). Ou seja, o desejo de ter filhos não se consubstancia apenas na filiação biológica.

As pessoas que não têm ou não desejam ter filhos justificaram essa decisão precipuamente no fato de não se sentirem prontas para assumirem essa responsabilidade (42,1%). Muitas simplesmente não possuem este desejo (39%)<sup>247</sup>, e também foi pontuado que a situação financeira é fator decisivo na opção de não ter filhos, seja no presente ou no futuro.

O formulário deixou também opção em aberto para que os participantes expusessem seus motivos pessoais tanto para ter filhos, quanto para não ter. No grupo de pessoas que almejam ter filhos, foram obtidas as seguintes respostas:

Acredito que o amor entre pais e filhos é um dos mais verdadeiros que existe, e eu gostaria de vivenciar este amor, se possível, através da adoção.

<sup>246</sup> Artigo 5º, inciso I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)).

<sup>247</sup> O formulário possuía uma opção de acrescentar algo às respostas. Nele, vários participantes informaram que fazia falta a opção "Simplesmente não quero". Por este motivo, a opção foi acrescentada e, conforme se observa nos resultados, obteve grande votação, demonstrando que a geração mais nova não se sente pressionada a ter filhos e nem precisam expor um motivo para tanto.

Além disso, vejo a maternidade como um grande desafio onde caberia a mim a responsabilidade de criar e educar um ser humano, responsabilidade essa que funcionaria também como uma forma de autoconhecimento, onde eu descobriria novas dimensões, novas faces de mim mesma.

A vontade de ter essa ligação inexplicável e que transborda amor veio há pouquíssimo tempo. Antigamente eu jurava que nunca teria filhos em hipótese alguma. Ou seja, acredito que tenha sido uma decisão pessoal e não somente uma imposição da sociedade de que "mulher deve necessariamente ser mãe".

Quero adotar uma criança. Não tenho vontade de engravidar, mas acredito que preciso exteriorizar o amor que recebi da minha mãe. Acho que preciso me preocupar com alguém, além de mim mesma.

Observou-se a tendência nesse grupo de encarar a filiação como “um ato de amor que traz muitas alegrias e um grande aprendizado”, “a maior riqueza que uma pessoa pode ter”, um meio de expressão de humanidade e de continuidade, e que mesmo não sendo essencial, é um projeto muito desejado. Uma das respostas mais significativas foi a seguinte: “Filho é tudo. Eu nunca tive um pai para me dar apoio, ainda mais quando descobriu que eu sou gay. Quero ser pai para ser o pai que não tive, ser o herói de alguém”.

As respostas do grupo que não teve e não almeja ter filho foram enfáticas nesse sentido. Trouxeram fatos sociais como a violência, em suas variadas formas (“Como vítima de abuso sexual na infância, tenho um medo latente de que isso poderia acontecer a um filho ou filha meu. Esse medo não me permite conceber essa ideia”) e a pressão social sobre as mulheres, conforme se extrai das seguintes respostas:

Não acredito que preciso ter filhos para me sentir uma "mulher completa" como a sociedade tenta me fazer acreditar. Não é ético ter filhos só por ter. E não é questão de não gostar de crianças, aliás gosto muito, mas as pessoas esquecem que crianças crescem e cada fase da sua educação será mais complexa do que a anterior. Não é uma responsabilidade que pretendo assumir para o resto da vida.

Particularmente me incomoda muito o fato de as pessoas automaticamente assumirem que eu quero ter filhos e ficarem indignados quando digo o contrário. Não sei se isso acontece com todo mundo ou se é mais por eu ser menina.

Foram registradas respostas muito sinceras que demonstram que algumas pessoas têm dúvidas sobre a parentalidade, e respostas que entendem que ter filhos está além do desejo:

Não é que eu não queira ter filhos. Mas são etapas na nossa vida que não estão sob a nossa alçada. Encontrar alguém, casar, ter filhos... São oportunidades maravilhosas, mas que simplesmente podem não acontecer. O sucesso da vida não pode ser embasado por algo que não estava sob a nossa governabilidade.

Algumas pessoas que tiveram filhos responderam no grupo das pessoas que não gostariam de ter filhos. É o que se conclui da resposta: “Engravidei na adolescência e pari por falta de

opção. Cuido com amor das crianças, mas com muita dificuldade. Sinto que esse tipo de vínculo e responsabilidade não era pra mim”.

Logo, mesmo com as mudanças no cenário nacional, da sociedade e no interior das famílias, conforme Censo 2010 (redução do número de filhos por casal, postergação do projeto parental até o estabelecimento no mercado de trabalho, decisão do casal de não ter filhos...), é possível interpretar que aquelas pessoas que aspiram pela parentalidade têm este anseio como algo maior e mais relevante do que as dificuldades do cotidiano e da nova realidade social.

Isto porque a maternidade e a paternidade estão presentes no ideário humano, no espectro de realização como seres humanos<sup>248</sup>. Inclusive, para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>249</sup>, falar em filiação é falar na realização plena e valorização da pessoa humana; é atingir plenamente a realização da própria personalidade humana. Também de acordo com estes autores, as pessoas são livres para efetivar a filiação através de mecanismos biológicos (relacionamentos sexuais, estáveis ou não), da adoção (que exige decisão judicial), da fertilização medicamente assistida, ou por meio do estabelecimento afetivo paterno-filial (a filiação socioafetiva)<sup>250</sup>.

Duas pessoas do mesmo sexo não podem procriar “naturalmente” entre si, por motivos de ordem biológica. Contudo, isso não quer dizer que não possam ter filhos. Porém, a evolução da ciência e da engenharia genética passou a permitir que pessoas do mesmo sexo tenham filhos biológicos a partir da reprodução humana assistida (fertilização ou inseminação artificial) e do útero de substituição. Não só: também podem adotar crianças.

Durante muito tempo esses casais precisaram passar por situações constrangedoras para alcançar o desejo de ter um filho. Submetiam-se a conjunções carnis incompatíveis com suas orientações sexuais; burlavam o sistema de adoção e até de reprodução assistida, afirmando serem solteiros, portanto adotando uma criança que teria em seu registro apenas o nome de um dos pais (ou mães), acontecendo o mesmo na situação da reprodução artificial. Para todos os personagens da família havia um sofrimento inenarrável. A criança não poderia ter, em seu registro, o sobrenome do segundo pai ou segunda mãe, nem o nome de ambos os pais ou ambas as mães, o que também reflete nos nomes dos avós. Nesse sentido, tanto ela quando seus pais (ou mães) tinham um direito da personalidade transgredido: igualdade, direito a procriação, a parentalidade, a identificação, ao nome, e até ao convívio familiar, em alguns casos.

---

<sup>248</sup> DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.161.

<sup>249</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 544.

<sup>250</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Com profunda satisfação se verifica que isto já não é mais uma realidade frente às possibilidades conferidas pelo Judiciário e pelo Conselho Federal de Medicina.

### 3.2.1 O desejo pela identidade genética

Nada de errado existe no querer se enxergar no outro, em querer doar uma parte de si para uma pessoa, ver seus gestos e seus traços em alguém que, embora tão parecido, tenha identidade e personalidade únicas.

Além da identidade genética, muitos casais, desestimulados pela demora do procedimento da adoção, optam pela “filiação biológica”.<sup>251</sup> Também é o caso de casais que almejam participar de todo o processo de gestação, de uma forma ou de outra, ainda que não tenham vínculo genético com o bebê.

A Lei de Registros Públicos<sup>252</sup> traz, em seu artigo 54, §7º, que “os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal” sejam informações que necessariamente precisam estar presentes no registro da criança. Marcado pelo heterossexismo, trata-se de norma evidentemente coibidora.

Ainda assim, é possível a reprodução humana assistida no Brasil para garantir tanto que os casais possam gerar filhos biológicos sem auxílio ou interferência de terceiros, quanto através da barriga solidária.

Segundo Genival Veloso de França, “a reprodução assistida é um conjunto de operações que vai desde a introdução de gametas masculinos no aparelho feminino por meios diferentes da cópula carnal até as técnicas mais sofisticadas de fertilização *in vitro*”. “Fecundação” é um processo biológico da união do espermatozoide com o óvulo que origina um ser humano.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> A infertilidade, que é causa precípua da utilização de métodos de reprodução assistida, causa efeitos diferentes nas pessoas. Algumas podem “ser capazes de superar a incapacidade de concepção, outras podem ter a vida arruinada pelo problema, visto que toda a sua perspectiva de futuro, ligada à fundação de uma família, resta frustrada. Neste percalço, para algumas pessoas, a adoção não é uma opção desejável”. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Jupodivm, 2014, p. 41.

<sup>252</sup> BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. “Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015original.htm).

<sup>253</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 364-365.

Os meios mais utilizados para a concretização da reprodução humana assistida são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. Ana Thereza Meirelles explica os conceitos e os procedimentos:<sup>254</sup>

A inseminação artificial é procedimento que visa a coleta do sêmen do genitor para que seja introduzido na cavidade uterina, de maneira que a fecundação (junção dos gametas) só ocorrerá no corpo feminino, não havendo manipulação do zigoto ou embrião de forma extracorpórea. É procedimento de complexidade reduzida, posto que a concepção ocorre intracorporeamente, sem submissão ao manejo humano em laboratório. O procedimento pode ser feito por meio da espermoinsseminação artificial intra-uterina ou mediante a coleta dos gametas masculino e feminino e posterior transferência intratubária, tais possibilidades demandam, por certo, a avaliação diagnóstica que computa a condição e a necessidade de cada paciente. A espermoinsseminação pressupõe a coleta dos gametas masculinos e a inseminação propriamente dita. O procedimento para inseminação artificial é simples, os espermatozoides são coletados através da masturbação, observados em microscópio, para fins de avaliação de mobilidade, velocidade de deslocamento e grau de desenvolvimento normal.

A outra técnica de inseminação artificial é realizada por meio da retirada de gametas masculinos e femininos para a transferência intratubária posterior (GIFT). A coleta dos óvulos demanda a indução da ovulação por meio de hormônios com vistas ao amadurecimento dos mesmos. O sêmen também é coletado e será submetido a avaliação. Transfere-se os óvulos, juntamente com os espermatozoides, por meio de um cateter por vira laparoscópica, que deve atingir um ponto específico de uma das trompas. Em geral, são transferidos 2 a 3 óvulos por trompa, juntamente com 80.000 a 150.000 espermatozoides.

A fertilização *in vitro* pressupõe a coleta de óvulos para associá-los ao espermatozoide em laboratório, o que faz com que a fecundação ocorra fora do corpo feminino, possibilitando o manuseio e a manipulação dos zigotos ou embriões concebidos extracorporeamente. (...) Para este processo, é necessária a indução da ovulação, mediante estímulo hormonal, para que se obtenha mais de um óvulo por ciclo. Posteriormente, eles serão selecionados e colocados em um meio de cultivo (líquido que simula o fluido tubárico) até o momento em que serão fecundados. Os espermatozoides coletados passarão pelo mesmo processo de conservação e seleção e, em seguida, será promovida a inseminação nos óvulos maduros selecionados. Ressalta-se que a conservação e cultivo dos gametas em laboratório demanda o controle de condições ambientais delicadas, como temperatura, umidade, concentração de oxigênio, gás carbônico e outras.

Não há regulamentação legislativa acerca do tema. Dessa forma, restou ao Conselho Federal de Medicina emitir Resoluções ao longo dos anos. Já regulamentaram a reprodução assistida a Resolução nº 1.358/1992<sup>255</sup> e a Resolução nº 1.957/2010<sup>256</sup>.

<sup>254</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Jupodivm, 2014, p. 37-39.

<sup>255</sup> RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992 de 19 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm).

<sup>256</sup> RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010, de 06 de janeiro de 2011. Modifica a Resolução nº 1.358/1992 e a substitui *in totum*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm).

A Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina<sup>257</sup> já garantia a reprodução assistida homóloga<sup>258</sup> e heteróloga, bem como a gestação por substituição, que só poderiam ser realizadas por mulheres da família até o 4º grau, respeitada a idade limite de 50 anos, não podendo ser a primeira gravidez. Tal Resolução já estava de acordo com os preceitos constitucionais vigentes, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a união homoafetiva, pois alterou o seu artigo 1º para que constasse na Parte II, 1, a expressão “Todas as pessoas capazes”, e no item 2 expressa a permissão das técnicas para casais homoafetivos.

O Conselho Federal de Medicina publicou em 16 de julho de 2015 a Resolução nº 2.121/2015<sup>259</sup>, que revogou a Resolução anterior.

Nas Considerações, a Resolução nº 2.121 concretiza o entendimento do Conselho Federal de Medicina no sentido de que a infertilidade é um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas. Também está em consonância com o julgamento do Supremo Tribunal Federal que entende entidade familiar a união estável homoafetiva.

Na Exposição de Motivos há a ressalva que não há legislação específica a respeito da reprodução assistida, tramitando, contudo, diversos projetos a esse respeito.

As técnicas de Reprodução Assistida (RA) podem ser utilizadas “desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente”. A idade máxima para se submeter a reprodução assistida é de 50 anos, porém cabem exceções que serão determinadas pelo médico responsável. Os pacientes devem consentir com a prática de forma livre e expressa, em formulário especial, após discussão bilateral e explanação das circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida, bem como os resultados obtidos na unidade de tratamento. (Princípios Gerais 2, 3, 4, 5).

Essa nova resolução traz que pessoas em relacionamentos homoafetivos podem ser pacientes das técnicas de Reprodução Assistida, inclusive mulheres férteis, conforme se verifica abaixo:

## II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

---

<sup>257</sup> RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013 de 09 de maio de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: [http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf).

<sup>258</sup> A reprodução humana assistida homóloga se utiliza dos gametas masculinos e femininos de um casal necessariamente heterossexual, razão pela qual não foi tratado neste trabalho.

<sup>259</sup> Resolução CFM nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>.

1. Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2. **É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos** e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.

3. **É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.** (grifo não constante no original).

A doação de gametas não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, que será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores, que não terão acesso às suas identidades, e que a idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para mulher e de 50 anos para o homem. (IV - Doação De Gametas Ou Embriões, 1, 2, 3, 4).

Serão mantidos registros, pelas unidades que aplicam a técnica, que deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Federais de Medicina. (III - Referente Às Clínicas, Centros Ou Serviços Que Aplicam Técnicas De RA, 4).

Explica ainda as formas de preservação dos gametas e embriões, a realização de diagnóstico genético dos embriões, e trata ainda da reprodução assistida *post-mortem*. Sobre gestação de substituição, será tratada em tópico específico.

### 3.2.1.1. Reprodução humana assistida heteróloga

A reprodução assistida heteróloga consiste na utilização de gametas masculinos ou femininos de terceiro, ou seja, de pessoa que não pertença ao casal receptor. Assim, o óvulo pode ser tanto da paciente quanto de doadora anônima, assim como o espermatozóide poderá ser tanto do parceiro ou cônjuge quanto de doador anônimo. Assim, pode haver compatibilidade genética com apenas um dos genitores, ou com nenhum dos dois. Aplicam-se as regras da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015 supra explanadas.

De acordo com Ana Thereza Meirelles, a reprodução heteróloga pode ser utilizada por solteiros, viúvos e casais homossexuais, “já que reside impedimento circunstancial para que a procriação se mantenha na forma homóloga”.<sup>260</sup> Os casais homoafetivos masculinos ou femininos podem se valer da técnica de reprodução assistida heteróloga – na verdade, só podem se valer desta espécie, pois a homóloga exige que o casal seja heteroafetivo – de

<sup>260</sup> ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Jupodivm, 2014, p. 47.



acordo com o artigo II, incisos 2 e 3 da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015, visto alhures.

O legislador do Código Civil de 2002 não se desincumbiu de conceituar as técnicas de reprodução assistida nem trata da filiação que dela se origina, tratando tão somente dos efeitos da sua utilização. No caso da forma heteróloga, é tratada pelo inciso V do artigo 1.597: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Conquanto as presunções sejam elementos ultrapassados, já que ainda estão em vigência, alega-se que o termo “marido” deve ser compreendido de forma extensiva para os casais homossexuais, de maneira que se presume que a criança é filha tanto dos dois homens quanto das duas mulheres desde que o cônjuge tenha previamente consentido. Assim, por interpretação conforme a Constituição aplicada ao artigo da lei infraconstitucional, o artigo estaria em consonância com a interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal e com o princípio da igualdade lato sensu e de gênero.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama<sup>261</sup> afirma, no tocante à vontade e natureza jurídica do consentimento de um dos cônjuges na reprodução heteróloga, a doutrina apresenta motivos para o estabelecimento da parentalidade daquele que não contribuiu com material genético mas manifestou sua vontade. Merecem destaques os seguintes motivos:

O consentimento manifestado não constitui ato ilícito; o filho concebido não pode se sujeitar a alteração de ânimo do declarante; a pessoa que pretendesse se retratar da vontade anteriormente manifestada agiria com má-fé, sendo desleal, em manifesta oposição ao sistema jurídico; **o consentimento representa o reconhecimento voluntário da paternidade, que é irrevogável.** (Grifo não constante no original)

Ratifique-se que, conforme visto alhures, no caso de cônjuge que não participou da reprodução assistida, isto é, que não forneceu material genético e/ou, no caso das mulheres, que não se submeteu à técnica, a doutrina entende que se trata de filiação socioafetiva<sup>262</sup>.

<sup>261</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação. O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 758.

<sup>262</sup> Pesquisadores japoneses estão desenvolvendo experimentos genéticos que fazem ovários produzirem espermatozoides. Ainda que a descoberta tenha ocorrido em pesquisas com peixes, já afirmam que se aplicaria a todos os vertebrados. Assim, talvez em algum momento no futuro poderá ser possível se falar em genitores e em filiação biológica propriamente dita, mesmo para pares homossexuais. Experimento Genético faz ovários produzirem espermatozoides. Disponível em: <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,experimento-genetico-faz-ovarios-produzirem-espermatozoides,1704636>. Acesso em: 25/10/2015.

Eduardo de Oliveira Leite<sup>263</sup> já se posicionava, nos idos da década de 90, a respeito da vontade presente na reprodução assistida. Inclusive, apresenta a similitude deste tipo de filiação com a adoção, tendo em vista que ambos necessitam da demonstração externa de vontade. Assim, o (a) cônjuge *elege* a criança, inserindo-o na família “com mais força do que seria no caso de um filho natural”.<sup>264</sup>

Nesse mesmo sentido se posiciona Cristiano Chaves de Farias, entendendo pela relevância da anuência do marido (ou esposa), que funciona como um reconhecimento prévio do filho. *O vínculo foi formado no momento da anuência*; com o consentimento da produção do filho com material genético de outrem, e/ou gestado por (outra) mulher, presume-se a paternidade (e a maternidade, no caso de útero de substituição) de forma absoluta, pois não é possível criar uma relação temporária que pode ser mantida ou desfeita de acordo com a manifestação da vontade.<sup>265</sup>

Sobre a técnica de reprodução assistida, o vínculo parental, a socioafetividade e a homoparentalidade já foram proferidos enunciados nas I e III Jornadas de Direito Civil<sup>266</sup>.

#### **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito Civil.**

Enunciado nº 103: Art. 1.593: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente *quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.*

Enunciado nº 104: Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo *o emprego de material fecundante de terceiros*, o

<sup>263</sup> “Parece-nos defensável uma assimilação da filiação oriunda da inseminação heteróloga à adoção exatamente porque o marido que consente nesta forma de procriação assistida esta elegendo o recém nascido como seu verdadeiro filho; o está “adotando”, e inserindo na malha familiar com tanto (ou mais) veemência do que um filho natural”. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 378.

<sup>264</sup> Aqui, cumpre concordar com o doutrinador. Analisando a geração que “já está na idade de ter filhos” (o que, hoje, significa ter mais de 30 anos de idade e estável financeiramente), é possível perceber o verdadeiro desejo de ter filhos. Afinal, espera-se muito pelo momento da procriação, continuamente postergado pelos fatos da vida. Além dessa espera pelo momento oportuno, soma-se o fato de que entre a decisão de procriar e a gestação em si (se for o caso de gestar), há um intervalo que está se acentuando, por motivos de ordem biológica, o que gera um desgaste emocional no casal, tanto o hetero quanto o homoafetivo, quando escolhem pela filiação biológica. O reflexo disso é que, quando o tão desejado filho(a) vem, ele obviamente será muito querido, visto que foi tão aguardado. O mesmo vale para os filhos adotivos, pois eles vêm para somar àquela família o sentimento de unidade que os cônjuges (ou companheiros, ou solteiros) acreditavam que faltava. Esse fato não é novo, mas está mais palpável do que nunca.

<sup>265</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 580-581.

<sup>266</sup> Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>.

pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando *presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento*.

Enunciado nº 105: Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

Enunciado nº 111: Art. 1.626: A adoção e a *reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga*; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, *na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante*.

### III Jornada de Direito Civil

Enunciado nº 257: Art. 1.597: As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. (grifos não constantes no original).

Para Ana Thereza Meirelles, os direitos reprodutivos têm conexão com a liberdade de exercício da sexualidade e constituição da filiação. O ponto de partida dos direitos de reprodução é o livre planejamento familiar, que por sua vez é impulsionado pelo direito à liberdade e “pelo reconhecimento da autonomia privada na constituição das famílias”. A decisão de procriar pressupõe a vontade das partes e está garantida pela livre manifestação da autonomia dos indivíduos. Consequentemente, negar o acesso às técnicas de reprodução aos casais homossexuais pelo Estado seria violar o direito fundamental a igualdade, criando situação de discriminação e ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>267</sup> quando da interferência na construção dos seus projetos pessoais de filiação.<sup>268</sup>

A criança proveniente da reprodução assistida deverá ser registrada em Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais normalmente.

Para Genival Veloso de França:

Nos casos de um casal homossexual masculino em que um deles entra com o sêmen, tudo faz crer que a solução será, em face do interesse da criança, a de ter dois genitores e que o genitor biológico seja também o genitor legal.

<sup>267</sup> “A dignidade da pessoa humana encontra fundamento na possibilidade de cada um viver de acordo com o seu projeto de vida e de existência, por isso, considerando as circunstâncias de cada caso concreto, ela pode passar a ser relativa. Relativa por considerar as vicissitudes da situação analisada, apontando para o fato de que o que pode ser digno para alguém não necessariamente é digno para outrem”. ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Jupodivm, 2014, p. 72-73.

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 63, 68.

Se a inseminação é heteróloga, o filho terá dois genitores e o sobrenome dos dois, grafados no documento “pais” e não pai e mãe, e “avós”, e não avós maternos e avós paternos.<sup>269</sup>

O mesmo deve ser aplicado ao casal homossexual feminino.

Na Bahia, o Provimento Conjunto nº 008/2014 do CGJ/CCI, publicado no Diário da Justiça Eletrônica em 21 de novembro de 2014, “regulamenta os procedimentos do registro de nascimento homoparental”<sup>270</sup> e está em vigor desde 08 de dezembro de 2014.

### 3.2.1.1. Útero de substituição

Fábio Ulhoa Coelho<sup>271</sup> milita pela classificação da doação temporária de útero (DTU)<sup>272</sup> como filiação biológica<sup>273</sup>, vez que entende que o relevante é que os gametas tenham sido “fornecidos por quem consta do registro de nascimento da pessoa como seu pai e mãe - ainda que esta não tenha feito a gestação”.

Opta-se pelos termos “barriga solidária”, “útero emprestado” e “útero de substituição”, pois o termo popular “Barriga de Aluguel” está historicamente associado a remuneração e, no Brasil, é proibido o “aluguel temporário” de útero alheio para gestação, sob pena de enquadramento nos crimes previstos na Lei de Transplantes<sup>274</sup> (Lei nº 9.434/1997). Genival Veloso utiliza os termos “mãe de aluguel”, “mãe-suporte” e “mãe-hospedeira”<sup>275</sup>.

<sup>269</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 367.

<sup>270</sup> Provimento Conjunto nº CGJ/CCI 008/2014. Regulamenta os procedimentos do registro de nascimento homoparental. Disponível em: <http://www.portaldori.com.br/pri/wp-content/uploads/prov.conjunto.pdf>.

<sup>271</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V.5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

<sup>272</sup> Embora o termo “doação temporária do útero” seja utilizado por este autor e pela Resolução nº 2.121/2015, este não apetece. Silvio de Salvo Venosa (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. V. 6. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 102) conceitua doação atribuindo a gratuidade como requisito, ou seja, o doador não deve receber nada em troca do donatário, principalmente remuneração (requisito obrigatório do útero de substituição). Porém, via de regra a doação não pode ser com duração determinada, ou seja, com limitação temporal, como predispõe o termo “temporária”, segundo Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: A família em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138).

<sup>273</sup> Para o autor, a filiação biológica pode ser natural ou não natural. É natural a filiação que decorre diretamente do material genético dos pais, e a genitora carrega em seu ventre a criança. Quando os pais necessitam de auxílio da ciência, estabelecida está a filiação não natural, que pode se dar através da reprodução assistida homóloga e da mãe de substituição. A filiação é não-biológica quando é socioafetiva, adotiva ou por substituição, ou seja, através da reprodução assistida heteróloga e, novamente, pelo útero de substituição, desta vez com a doação de gametas por terceiros estranhos a relação. COELHO, Fábio Ulhoa. *op.cit. loc cit.*

<sup>274</sup> BRASIL. *Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm).

<sup>275</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 368-369.

Na lição de Valnêda Cássia Santos Carneiro<sup>276</sup>, a circunstância da mãe solidária é criada pela “necessidade do prosseguimento intrauterino de uma gestação iniciada *in vitro*, na impossibilidade do implante na própria doadora do óvulo fertilizado”.

No útero de substituição é implantado o *embrião*, razão pela qual é utilizada a técnica de fertilização *in vitro*. Conclui-se que é possível a reprodução assistida homóloga (do casal heterossexual que solicitou o auxílio da parente) ou heteróloga. Não é possível utilizar óvulo da gestante de substituição, pois a Resolução nº 2.121 do Conselho Federal de Medicina<sup>277</sup> determina que os gametas, tanto o masculino quanto o feminino, devem ser doados de forma anônima, de maneira que “os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa” (Tópico IV.2).

A regulamentação da “barriga solidária” não encontra guarida no ordenamento pátrio, mas tão somente em Resolução do Conselho de Medicina, mais especificamente pelo capítulo VII da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.121/2015:

#### VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou **em caso de união homoafetiva**.

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

**2- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.**

3- Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente: 3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o **embrião** em seu útero), **estabelecendo claramente a questão da filiação da criança**; 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. **Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação**

<sup>276</sup> CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. *Filiação e Biotecnologia: questões novas na tutela jurídica da família*. 1ªed. Salvador: Romanegra, 2008, p. 87.

<sup>277</sup> Resolução CFM nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>.

**ser providenciada durante a gravidez;** 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Portanto, estende-se para os casais homoafetivos masculinos e femininos a possibilidade de solicitar o auxílio de uma mulher para gerar seu filho. No caso de casais homoafetivos, mais uma vez será utilizada a reprodução artificial heteróloga. Conforme visto alhures, um dos pais (ou uma das mães) poderá ter vínculo biológico e o outro terá vínculo socioafetivo, ou ambos terão vínculo socioafetivo.

O registro civil é essencial para esta prática, pois a Barriga Solidária é alvo de controvérsias sociais, morais e jurídicas. Quando da edição da Resolução nº 2.013/2013 poderia existir uma situação de dificuldade caso o médico que procedeu a fertilização ou inseminação não fosse o mesmo que realizasse o parto, pois neste caso haveria a possibilidade de este médico, desavisado, declarasse como mãe a parturiente no Registro de Nascido Vivo por ele assinado, por exigência do artigo 54 da Lei de Registros Públicos<sup>278</sup>. Nesse caso, um interessado (mãe(s), pai(s), Ministério Público) ou o Oficial do Registro Civil de ofício precisariam suscitar o procedimento da dúvida previstos no artigo 296 c/c artigos 198 a 204 da Lei de Registros Públicos ao juiz da Vara de Registros Públicos, se utilizando de exame de DNA para atestar a filiação.<sup>279</sup>

Conforme visto alhures, esta dificuldade foi superada com o Capítulo VII da Regulamentação 2.121/2015, pois deverá ser estabelecido entre os pacientes e mãe de substituição, em Termo de Compromisso, a questão da filiação da criança. Também deve ser providenciada *durante a gestação* a documentação relativa ao registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos).

Mesmo com a regulação do Conselho Federal de Medicina, a carência de regulamentação legislativa traz muitas dúvidas sobre a utilização deste procedimento. Ainda se discute a maternidade da criança: se da mãe-legal/contratante, ou da gestante/parturiente<sup>280</sup>, apesar de essas discussões se embasarem mais em questões morais do que biológicas. Conforme Mônica Aguiar, como estes métodos são normalmente realizados em clínicas particulares

---

<sup>278</sup> Art. 54. "O assento do nascimento deverá conter: 10) número de identificação da Declaração de Nascido Vivo - com controle do dígito verificador, ressalvado na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei". (BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. "Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências". Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015original.htm)).

<sup>279</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 552-553.

<sup>280</sup> No presente trabalho, considerando que os casais homoafetivos precisam se valer desta técnica, notadamente os casais masculinos, entende-se que os pais (ou as mães) são as pessoas que solicitaram o auxílio de parente para gestar e/ou que forneceram material genético. Ou seja: a parturiente não tem relação de parentalidade com a criança.

por pessoas de renda média ou alta, a questão parece perder a importância quanto a interferência estatal.<sup>281</sup> Assim, é possível concluir que o Estado entende pela desnecessidade de regulamentação legislativa, sendo suficiente a regulamentação pelo Conselho Federal de Medicina.

Porém, foram apresentadas propostas de modificação do Código Civil de 2002 na I Jornada de Direito Civil, muito pertinentes ao tema:

**Enunciado nº 129: Proposição para inclusão de um artigo no final do cap. II, subtítulo II, cap. XI, título I, do livro IV, com a seguinte redação:**

Art. 1.597-A: “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será **estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético**, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”.

Justificativa: No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada.

O Enunciado nº 129 comprova que a Barriga Solidária relativiza a presunção *mater semper cesta est*, pois não será indicada pelo parto – podendo nem mesmo haver uma figura feminina para ser chamada de “mãe”.

### 3.2.2 Amor além do sangue: Adoção

A filiação legítima deixou uma cicatriz na sociedade, e o instituto da adoção é prova disto. Como já demonstrado, um estigma foi lançado sobre as crianças adotadas, ainda que a adoção sempre tenha se fundado no mais puro amor. Porém, com a doutrina da proteção integral e a igualdade substancial entre os filhos, a adoção passou a ser vista com novas lentes.

<sup>281</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito a filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 90.

O Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>282</sup> regulava de forma exclusiva a adoção de crianças e adolescentes até a promulgação do Código Civil de 2002, que também trazia dispositivos que se referiam à adoção de menores de idade. A Lei Nacional de Adoção<sup>283</sup> veio corrigir esta superposição, atribuindo a Lei nº 8.069/90 a adoção de crianças e adolescentes, porém ainda determina a aplicação de seus princípios aos maiores de idade, conforme artigo 1.619 do Código Civil.<sup>284</sup> Havia, assim, duas espécies de adoção, uma regulada pelo Código Civil para maiores de dezoito anos, e uma regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para crianças e adolescentes<sup>285</sup>, o que gerava insegurança jurídica. Com a Lei nº 12.010/2009, passou a ser regulada por lei especial que também deve ser aplicada subsidiariamente na adoção de maiores<sup>286</sup>, que está prevista no artigo 1.619 do Código Civil de 2002.<sup>287</sup>

Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano entendem que a adoção é um ato jurídico em sentido estrito – pois é caracterizado por “um comportamento humano cujos efeitos são legalmente previstos”, não havendo liberdade de escolha das consequências jurídicas – visto que é oficializada e disciplinada por normas cogentes e de ordem pública. Inexiste, assim, natureza negocial. Para os autores, a adoção é “ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”.<sup>288</sup>

Para Maria Berenice Dias, a adoção é um instituto do Direito das Famílias estabelecido através de ato jurídico em sentido estrito, e tem sua eficácia condicionada a uma determinação judicial positiva. É criado, assim, um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, constituindo parentesco eletivo, pois decorre

<sup>282</sup> BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm).

<sup>283</sup> BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm).

<sup>284</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de Direito das Famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 481.

<sup>285</sup> Artigo 2º: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

<sup>286</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 673.

<sup>287</sup> Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

<sup>288</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 672-673.



de expressão de vontade.<sup>289</sup> É normalmente referência ao princípio da solidariedade e a socioafetividade.

A adoção deve ser última possibilidade, em caráter excepcional, pois se prioriza a família original da criança ou do adolescente, seja a natural (formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes), seja a extensa (também denominada “ampliada”, compreende os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade).<sup>290</sup> Além de ser excepcional, é também irrevogável, pois não admite arrependimento após a sentença, e constitui vínculo parental-filial entre os adotantes e o adotado, conforme será visto oportunamente.

Podem adotar as pessoas maiores de dezoito anos<sup>291</sup> independentemente do seu estado civil quando a adoção for unilateral, ou seja, quando é requerida apenas por uma pessoa. Entretanto, apesar de o Estatuto priorizar e incentivar que as crianças e os adolescentes permaneçam com parentes próximos com os quais convivem e mantém vínculos de afeto, ascendentes e irmãos não podem adota-los<sup>292 293</sup>. Não há óbice, contudo, quando a adoção entre parentes colaterais de terceiro e quarto graus (sobrinhos e primos).<sup>294</sup> No caso de

---

<sup>289</sup> DIAS, Maria Berenice de. *op. cit, loc. cit.*

<sup>290</sup> Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. § 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será está incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

Artigo 39, § 1º: A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Artigo 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

<sup>291</sup> Artigo 42: Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. §3º: O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

<sup>292</sup> Art. 42, § 1º: Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

<sup>293</sup> Embora não concorde, Waldemar Zveiter, hoje Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça informou que a vedação de adoção por ascendentes sustenta-se para “vedar atos ilegítimos de fraude à lei, como na hipótese de diversas qualidades de pessoas com relações com a União, Estado ou Município, autarquias, entidades paraestatais, de economia mista e, ainda, sociedades anônimas, que adotam netos com o único propósito de fazê-los seus dependentes para fins de assistência médico-hospitalar e, até, para percepção de pensão que, na hipótese de militar, nunca mais cessará, nem pelo casamento, se a pessoa adotada for do sexo feminino”. ZVEITER, Waldemar. *Adoção por Descendente. In Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*. V.11, n. 1, p. 1-98, Jan/Jul 1999, p. 16.

<sup>294</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de Direito das Famílias*. 10ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 484.

adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família<sup>295</sup>.

De acordo com Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, a estabilidade da família, ou seja, a ambiência onde o adotando será criado são fundamentais para que o juiz possa deferir a adoção, na perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente.<sup>296</sup>

A Lei nº 12.010/09 acrescentou os artigos 197-A a 197-E ao Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo o procedimento de habilitação e o trâmite posterior.<sup>297</sup> Há a possibilidade de adoção pelo tutor ou o curador. Para tanto, devem prestar contas da sua administração, o que já é uma obrigação, nos termos do artigo 44.<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> Artigo 42, § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

<sup>296</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 679.

<sup>297</sup> Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste: I - qualificação completa; II - dados familiares; III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; V - comprovante de renda e domicílio; VI - atestados de sanidade física e mental; VII - certidão de antecedentes criminais; VIII - certidão negativa de distribuição cível.

Art. 197-B. A autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, dará vista dos autos ao Ministério Público, que no prazo de 5 (cinco) dias poderá: I - apresentar quesitos a serem respondidos pela equipe interprofissional encarregada de elaborar o estudo técnico a que se refere o art. 197-C desta Lei; II - requerer a designação de audiência para oitiva dos postulantes em juízo e testemunhas; III - requerer a juntada de documentos complementares e a realização de outras diligências que entender necessárias.

Art. 197-C. Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterá subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei. § 1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. § 2º Sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação referida no § 1º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com o apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento familiar ou institucional e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Art. 197-D. Certificada nos autos a conclusão da participação no programa referido no art. 197-C desta Lei, a autoridade judiciária, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, decidirá acerca das diligências requeridas pelo Ministério Público e determinará a juntada do estudo psicossocial, designando, conforme o caso, audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Caso não sejam requeridas diligências, ou sendo essas indeferidas, a autoridade judiciária determinará a juntada do estudo psicossocial, abrindo a seguir vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, decidindo em igual prazo.

<sup>298</sup> Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Uma vez deferida a habilitação, o(s) postulante(s) será(ão) inscrito(s) nos cadastros<sup>299</sup>, sendo a convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.<sup>300</sup>

De acordo com o site do Conselho Nacional de Justiça<sup>301</sup>, o Cadastro Nacional de Adoção<sup>302</sup> é um sistema de informações, hospedado nos servidores do Conselho Nacional de Justiça, que consolida os dados de todas as Varas da Infância e da Juventude referentes a crianças e adolescentes em condições de serem adotados e a pretendentes habilitados à adoção. Tem por objetivo a redução da burocracia do processo, pois uma pessoa considerada apta à adoção em sua comarca (área jurisdicional que abrange um ou mais municípios) ficará habilitada a adotar em qualquer outro lugar do país. Há também o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA), também em plataforma virtual online, que contém os dados das entidades de acolhimento e de crianças/adolescentes acolhidos. O objetivo do CNCA é integrar, via *web*, as informações de todos os órgãos e entidades de proteção envolvidos com a medida protetiva de acolhimento, tais como os Juízos de Direito da Infância e da Juventude, as Promotorias de Justiça da Infância e da Juventude, os Conselhos Tutelares, as instituições de acolhimento, entre outros, na busca pela garantia do direito de crianças e adolescentes de serem criados no seio de uma família.<sup>303</sup>

O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.<sup>304</sup> Se deferida (e só será deferida caso apresente reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos<sup>305</sup>), atribuirá condição de

---

<sup>299</sup> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

<sup>300</sup> BRASIL, *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990, artigo 197-E.

<sup>301</sup> *Cadastro Nacional de Adoção (CNA)*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20530-cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em: 28/10/2015.

<sup>302</sup> “O tema da adoção no Brasil é um desafio de enormes dimensões, como comprova a análise dos dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) e do Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Acolhidos (CNCA), administrados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Existem hoje cerca de 5.500 crianças em condições de serem adotadas e quase 30 mil famílias na lista de espera do CNA. O Brasil tem 44 mil crianças e adolescentes atualmente vivendo em abrigos, segundo o CNCA — em fevereiro do ano passado, eram 37 mil. Se há tantas pessoas dispostas a acolher uma criança sem família, por que o número de meninas e -meninos do cadastro não para de crescer?” *Realidade brasileira sobre adoção: A diferença entre o perfil desejado pelos pais adotantes e as crianças disponíveis para serem adotadas*. Em Discussão! Revista de audiências públicas do Senado Federal. Maio/2013, v.15, a.4. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em: 28/10/2015.

<sup>303</sup> *Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas – CNCA*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/infancia-e-juventude/20545-cadastro-nacional-de-criancas-acolhidas-cnca>. Acesso em: 28/10/2015.

<sup>304</sup> BRASIL, *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990, artigo 40.

<sup>305</sup> *Ibidem*, artigo 43.

filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais<sup>306</sup>, em consonância com o princípio da igualdade substancial dos filhos.

Portanto, o vínculo da adoção é constituído a partir de sentença judicial transitada em julgado. Esta sentença constituirá novo vínculo parental entre o adotado e o(s) adotante(s), e desconstituirá o antigo vínculo com a família biológica, conforme se assevera dos parágrafos 1º e 2º do artigo 47. A partir da adoção deve-se alterar o sobrenome do adotado obrigatoriamente<sup>307</sup>. No registro de nascimento passarão a constar os adotantes enquanto pais e seus ascendentes enquanto avós. Os vínculos familiares serão estendidos a todos que a lei entende como parentes em razão do casamento (ou da união estável), inclusive quanto aos vínculos de afinidade. Também é possível a alteração do prenome se o adotante ou o adotado assim desejarem, conforme o parágrafo 5º do artigo 47<sup>308</sup>. Porém, se a mudança partir do adotante, deverá ser respeitada a vontade do adotado.<sup>309</sup>

A adoção depende do consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando, conforme artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Porém, será dispensado se os pais forem desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar (§1º). Para Maria Berenice Dias<sup>310</sup> não é exigível a manifestação expressa dos pais registrais para a adoção quando já existe um vínculo de filiação afetiva, ou seja, se o adotando já convive com os adotantes, não se justifica exigir a concordância dos genitores. Caso o adotado seja maior de doze anos de idade, será necessário o seu consentimento colhido em audiência, nos termos do parágrafo 2º do artigo 28.<sup>311</sup>

Nos termos do artigo 46 do Estatuto, a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso<sup>312</sup>. Em razão disto, não é possível a adoção por procuração, conforme vedação expressa no parágrafo §2º do artigo 39<sup>313</sup>.

---

<sup>306</sup> *Ibidem*, artigo 41.

<sup>307</sup> Artigo 47, § 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes. § 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

<sup>308</sup> Artigo 47, § 5º: A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

<sup>309</sup> DIAS, Maria Berenice de. *Manual de Direito das Famílias*. 10ªed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 485.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 486.

<sup>311</sup> Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. § 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

<sup>312</sup> BRASIL, *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990, artigo 46.

<sup>313</sup> § 2º É vedada a adoção por procuração.

Rodolfo Pamplona explica que há grande celeuma acerca da possibilidade de adoção por casais homoafetivos, porém, iluminando o assunto com o prisma do interesse da criança e do adolescente (princípio do melhor interesse), é possível chegar a uma conclusão justa.<sup>314</sup>

A Lei da Adoção e o Estatuto da Criança e do Adolescente não obstam a concretização da adoção, pois em geral não fazem menção a gênero (nem mesmo o art. 197-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, que fala sobre os requisitos para postulantes a adoção). Nesse sentido – e seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277-, se não está proibido, a omissão garante a permissão do exercício do direito. Serve, portanto, como método de interpretação para os artigos do Estatuto.

Assim, não é possível aludir o artigo 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente (“Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”) pois, tendo em vista o plano constitucional, que repudia o preconceito e a discriminação, não se vê tal artigo como empecilho. Nesse mesmo sentido o parágrafo §2º do artigo 42, da Lei da Adoção que, apesar de seguir a regra e não falar de gênero, fala da indispensabilidade do casamento ou da união estável para a adoção conjunta. Também não é um impedimento a realização da homoparentalidade, pois não estabelece como deve ser esta família. A utilização destes artigos para contra argumentar a aptidão parental de um casal de pessoas do mesmo sexo, ou a impossibilidade da adoção, é ir de encontro à Constituição.

Considerando que o juiz avaliará as condições sociais, morais e psicológicas dos adotantes (valendo-se, para tanto, de laudo psicológico se necessário for)<sup>315</sup> caberá a ele decidir se há reais vantagens para o adotando, e se há fundamento em motivos legítimos (conforme artigo 43 já tratado). Em poder do relatório psicossocial, e buscando se desfazer das amarras morais e religiosas, de certo que só proferirá decisão positiva caso entenda que aquela família cuidará bem da criança ou do adolescente, independentemente da sua opinião sobre a

É no Poder Judiciário que se observa a mudança paulatina da sociedade no tangente a famílias formadas por duas pessoas do mesmo sexo. Antes mesmo de o Supremo Tribunal Federal se manifestar a respeito do reconhecimento de entidade familiar, o Superior Tribunal de Justiça já decidia pela adoção, como se assevera deste importante precedente:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS

<sup>314</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 506.

<sup>315</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 508.

MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da "realidade", são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.

(REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010)<sup>316</sup>

No caso em tela trata-se de adoção dos filhos da companheira. Em razão das dificuldades em concretizar o desejo parental, muitos casais homoafetivos se valiam de adoções unilaterais, o que causa sérias implicações nos direitos do adotado. Muitas vezes procediam a adoção do (a) filho (a) que foi planejado e foi proveniente de reprodução assistida, como se verifica neste caso:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA.

I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V.

II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado.

III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável.

<sup>316</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 889.852/RS* – Proc. 2006/0209137-4. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DJ 10 agosto. 2010. Disponível em: <https://goo.gl/yhNJpt>.

IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios.

V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando".

VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76).

VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos.

VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral.

Recurso especial NÃO PROVIDO.

(REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013)<sup>317</sup>

Essas adoções passaram a ser notícia na televisão, nos jornais físicos e nos virtuais. Recentemente a Ministra Carmen Lúcia proferiu acórdão, na condição de relatora, que foi noticiada como "a primeira adoção reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a casal homoafetivo":

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO

<sup>317</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1281093/SP* – Proc. 2011/0201685-2. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: D. H. M. E. S. Relator: Min. Nancy Andrichi. Brasília, DJ 04 fevereiro. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/Nq1upf>.



HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na al. a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Paraná: “APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO DE MÉRITO E NÃO DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. HABILITAÇÃO DEFERIDA. LIMITAÇÃO QUANTO AO SEXO E À IDADE DOS ADOTANDOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DOS ADOTANTES. INADMISSÍVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê. 2. Delimitar o sexo e a idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo é transformar a sublime relação de filiação, sem vínculos biológicos, em ato de caridade provido de obrigações sociais e totalmente desprovido de amor e comprometimento” (doc. 6). Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

2. O Recorrente alega contrariado o art. 226, § 3º, da Constituição da República, afirmando haver “duas questões jurídicas que emergem do contexto apresentado, para que se possa oferecer solução ao presente recurso: i) se há possibilidade de interpretação extensiva do preceito constitucional para incluir as uniões entre pessoas do mesmo sexo na concepção de união estável como entidade familiar; ii) se a interpretação restritiva do preceito constitucional incorreria em discriminação quanto à opção sexual. (...) Logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (...) Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união de pessoas do mesmo sexo como caracterizadores de entidade familiar. (...) E vamos além, a generalização, no lugar da individualização do tratamento jurídico a ser dado a situações materialmente diversas, poderá, sim, se não respeitadas e previstas as idiosincrasias e particularidades dos relacionamentos homoafetivos, vir em maior prejuízo que benefício aos seus integrantes, ferindo axialmente o princípio da igualdade, por tratar igualmente situações desiguais” (doc. 7). Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste ao Recorrente.

4. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, Relator o Ministro Ayres Britto, por votação unânime, este Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (DJe 14.10.2011). No voto, o Ministro Relator ressaltou que “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá

para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extramuros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levadas de seres humanos abandonados despejam suas últimas sobras de gente. Mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes. Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo - data vênica de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade”. O acórdão recorrido harmoniza-se com esse entendimento jurisprudencial. Nada há, pois, a prover quanto às alegações do Recorrente. 5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 5 de março de 2015. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (RE 846102, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 05/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17/03/2015 PUBLIC 18/03/2015)<sup>318</sup>

Assevera-se destes respeitáveis acórdãos que ao sopesar a orientação sexual dos pais (ou das mães) e o melhor interesse da criança ou do adolescente, o primeiro vem a ser irrelevante e, o segundo, deverá sempre prevalecer. É possível a adoção entre casais do mesmo sexo no Brasil apesar de não existir texto expresso nesse sentido, pois a legislação

<sup>318</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 846.102* (Segredo de Justiça). Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: A L M DOS R, D I H. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ-e nº 52, 17/03/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=846102&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>.

não obstaculiza o projeto parental homoafetivo. Há efetiva anuência da jurisprudência e de algumas vozes na doutrina.

## 4 LICENÇAS MATERNIDADE E PATERNIDADE

Desde 2011, com as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e de Ação Direita de Inconstitucionalidade, é possível dizer que, no Brasil, um casal formado por duas pessoas do mesmo sexo constitui família.

É possível afirmar que, no campo constitucional, as licenças maternidade e paternidade são decorrências lógicas dos princípios da igualdade dos cônjuges, da igualdade dos filhos e da solidariedade familiar. Também recebem influências de outra seara do direito, o direito de família, recebendo influências, bem como dos efeitos do casamento, notadamente do dever de guarda, proteção e sustento da prole e o dever de mútua assistência. Isto porque os pais, independentemente do tipo de vínculo paterno-filial (se biológico, socioafetivo ou jurídico), são responsáveis pelo sustento da sua prole, devendo ajudar-se mutuamente, em par de igualdades.

No direito do trabalho há influência dos princípios da igualdade entre cônjuges e dos filhos, conforme se verá a seguir.

Conforme já abordado em capítulos anteriores, há quem entenda que a filiação é uma decorrência lógica do casamento. Sob esta ótica, faz-se necessário investigar algumas consequências decorrentes da filiação e do casamento. Uma destas consequências se encontra no direito do trabalho. É dizer: uma vez garantido o direito a homoparentalidade, a atenção se volta aos direitos e deveres deles provenientes. Tendo em vista a evolução do direito das famílias no que concerne aos pares homoafetivos, o direito homoafetivo passou a se inserir em outros âmbitos do direito, entre eles o direito do trabalho.

Refletir-se-á sobre as hipóteses de aplicação das licenças maternidade e paternidade no caso de parentalidade homoafetiva. Para tanto, será necessário visitar conceitos da seara trabalhista.

### 4.1 DIREITO DO TRABALHO: PRINCÍPIOS E CONCEITOS

O direito do trabalho individual é “o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia do trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas”, e tem por função central “a

melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica”.<sup>319</sup> Tem como princípios centrais os princípios da proteção ao empregado, da norma mais favorável, da valorização do trabalho e da continuidade do emprego<sup>320</sup>.

#### **4.1.1 Princípios da proteção ao empregado, da norma mais favorável, da valorização do trabalho e da continuidade do emprego**

Conforme lição de Mauricio Godinho Delgado<sup>321</sup>:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da melhor vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

Para Luciano Martinez, o princípio da proteção possui três variáveis: o princípio da manutenção da condição mais benéfica, o princípio do *in dubio pro operario*, e o princípio da aplicação da fonte jurídica mais favorável. Diferentemente de outros autores, prefere a expressão “fonte jurídica” à “norma”, pois incide sobre fontes normativas (“como a lei, o contrato coletivo, a sentença normativa”) e sobre fontes estritamente contratuais (“como o contrato individual de emprego e o regulamento interno de trabalho”).<sup>322</sup>

Segundo Sergio Pinto Martins, a aplicação da norma mais favorável também é um desdobramento do princípio da proteção. Esta regra está implícita no artigo 7º da Consolidação das Leis Trabalhistas e, de acordo com o autor, nele estão estabelecidos direitos mínimos “que são contemplados ou melhorados pela legislação ordinária ou pela vontade das partes”. Pode se dividir de três maneiras: na elaboração de novas leis; na hierarquia das normas jurídicas; e na interpretação. Em todos os casos, deve-se entender pela proteção social do empregado.<sup>323</sup>

<sup>319</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ªed. São Paulo: LTr, 2014, p. 47, 54.

<sup>320</sup> Há outros princípios trabalhistas, contudo, somente estes serão alvo do presente trabalho pois somente eles são pertinentes ao tema.

<sup>321</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ªed. São Paulo: LTr, 2014, p. 196.

<sup>322</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 106-107.

<sup>323</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31ªed. São Paulo: Atlas, 2015, 72-73.

O valor social do trabalho é de ordem fundamental, pois expresso no artigo 1º da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil. Portanto, busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, visa garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º). O artigo 170 do diploma constitucional prevê que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Decorre, portanto, do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>324</sup> Em razão deste princípio, aos contratos de trabalho “são aplicáveis as normas de proteção aos direitos de personalidade, de não discriminação, segurança, saúde, trabalho da mulher, da criança e do adolescente”; o trabalhador e o empregado devem respeitar os direitos de personalidade um do outro; o direito a reserva da intimidade da vida privada que abrange aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes.

De acordo com Amauri Mascaro e Sônia Mascaro Nascimento, o direito à intimidade ou à privacidade “corresponde ao respeito ao caráter privado da vida da pessoa, que, em condições normais não pode ser devassada, uma vez que todo ser humano tem o direito de subtrair-se à indiscrição”. Em razão deste princípio, cabe tanto ao empregador quanto ao empregado guardar sigilo quando a intimidade da vida privada. Este direito à reserva da intimidade abrange a esfera íntima pessoal e da vida familiar, afetiva e sexual, entre outros aspectos. A liberdade de modo de vida também é atributo da personalidade. Independentemente da escolha do *modus vivenci*, a pessoa deve ser respeitada, desde que não interfira no direito alheio, da coletividade, ou prejudique a empresa<sup>325</sup>.

Finalmente, de acordo com Alice Monteiro de Barros<sup>326</sup>, o princípio da continuidade visa à preservação do emprego e tem o escopo de dar segurança jurídica ao trabalhador. Este princípio decorre da regra de contratos de trato sucessivo, e reflete na manutenção do pacto laboral nas hipóteses de sucessão, suspensão e interrupção do contrato de trabalho.

#### **4.1.2 Empregado, empregador, contrato de trabalho e salário**

---

<sup>324</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 92.

<sup>325</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 480, 785-786, 789.

<sup>326</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ªed. São Paulo: LTr, 2012, p. 146.

Embora o direito do trabalho também proteja relações que vão além do contrato de emprego, a proteção precípua é ao empregado. Empregado é a pessoa que se encaixa nos pressupostos do conceito, a saber, pessoalidade, não-eventualidade, remuneração e subordinação jurídica. Logo, é “a pessoa física que presta serviço de natureza não eventual a empregador mediante salário e subordinação jurídica”. Deverá prestar pessoalmente, não se fazendo substituir, desenvolvendo sua atividade normalmente, recebendo direcionamentos (ordens) do empregador, e percebendo contraprestação, ou seja, salário. O salário é retribuição devida e paga habitualmente pelo empregador ao empregado, não só por prestar serviços, mas também por estar à disposição por força do contrato de trabalho<sup>327</sup>.

Deste conceito também se extrai o de empregador, que é “a pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado que contrata a uma pessoa física a prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação”<sup>328</sup>. Falar em relação de emprego é falar em contrato de emprego; a relação de emprego constitui, portanto, “o ato jurídico suficiente para provocar a objetivação das medidas tutelares que contêm no direito do trabalho em vigor”<sup>329</sup>. São partes no contrato de trabalho o empregado e o empregador. Este contrato é sinalagmático, pois dotado de “direitos, deveres e obrigações contrárias”, e pode ser por período determinado, quando há termo prefixado, ou indeterminado, quando não há previsão para ser encerrado. Os contratos por tempo indeterminado constituem regra<sup>330</sup>.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado, salário é “o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”.<sup>331</sup>

#### 4.1.3 Suspensão e interrupção do contrato de trabalho

Para Luciano Martinez, qualquer negócio jurídico está sujeito a períodos de inércia, e a relação de emprego é ambiente propício para estes acontecimentos, em razão do pressuposto da pessoalidade. Nessas situações ocorrem a interrupção ou a suspensão contratual. Este autor entende que a suspensão e a interrupção são espécies do gênero

<sup>327</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ªed. São Paulo: LTr, 2012, p.207-213, 591.

<sup>328</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ªed. São Paulo: LTr, 2014, p. 416.

<sup>329</sup> MARCONDES FILHO, Alexandre. *apud* MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed, 2014, p. 149.

<sup>330</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed, 2014, p. 159, 175.

<sup>331</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.*, p. 737.

“suspensão contratual *lato sensu*”, pois em ambas as situações suspende-se a prestação do serviço. Importante anotar que essa suspensão ocorre apenas em relação aos efeitos do contrato, sendo mantido o vínculo contratual.<sup>332</sup> Tanto na interrupção quanto na suspensão o empregador está proibido de dissolver o contrato de trabalho ainda que arque com as reparações devidas, salvo em caso de justa causa<sup>333</sup> cometida pelo obreiro e reconhecida judicialmente, ou de extinção de empresa que impossibilite a continuidade da relação laboral<sup>334</sup>.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>335</sup> conceitua a suspensão e a interrupção do contrato:

A suspensão é a cessação temporária e total da execução e dos principais efeitos do contrato de trabalho. Efetivamente, na suspensão do contrato de trabalho, nenhum dos seus principais efeitos prossegue, pois tanto o trabalho não prestado como o salário não é pago.

A interrupção também pode ser definida como a cessação temporária e parcial dos principais efeitos do contrato, pois, embora o trabalho não seja prestado, os salários continuam sendo devidos.

Para Alice Monteiro de Barros o princípio da continuidade do emprego reflete na manutenção do vínculo contratual mesmo nas hipóteses em que ocorra a inexecução provisória da prestação do serviço. De acordo com a autora, a interrupção é a paralisação temporária do trabalho pelo empregado, que terá o tempo de serviço computado para todos os efeitos legais, e permanece a obrigação do empregador de pagar salário<sup>336</sup>.

O artigo 471 da Consolidação das Leis do Trabalho assegura o direito do empregado afastado de receber todas as vantagens que tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa, quando retornar<sup>337</sup>.

#### 4.1.4 Estabilidade

Estabilidade jurídica refere-se à impossibilidade de dispensa do empregado. Trata-se de direito do empregado de continuar no emprego, de não ser despedido, ainda que contra a vontade do empregador. Para tanto, não deve incorrer em previsão legal que determine sua

<sup>332</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 539-540.

<sup>333</sup> Constituem dispensas não arbitrárias, ou com justa causa, as hipóteses previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>334</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ªed. São Paulo: LTr, 2012, p. 686.

<sup>335</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 578.

<sup>336</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit., loc. cit.*

<sup>337</sup> Artigo 471: Ao empregado afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943.



despedida. Pode decorrer de norma coletiva, regulamento de empresa ou do próprio contrato de trabalho.<sup>338</sup>

O fundamento da estabilidade é o fato de ser o emprego ser a principal fonte de subsistência do empregado. Também é fator de equilíbrio psicológico visto que interfere com valores de personalidade. Entre as variadas formas de estabilidade, destaca-se a legal, que advém de preceito legal, e poderá ser provisória.<sup>339</sup> Distingue-se da garantia de emprego pois esta é “gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador conseguir o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço”. Assim, a estabilidade é uma forma de garantia de emprego, mas não só: também se presta a dificultar a despedida por parte do empregador.<sup>340</sup>

## 4.2 LICENÇA MATERNIDADE

A Constituição Federal de 1988 elencou a licença a gestante como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais que visem à melhoria de sua condição social. É o artigo 6º que prevê que a proteção à maternidade e à infância como direito social, na forma da Constituição. Frise-se que a proteção é ao instituto “maternidade”, e não exclusivamente à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido.

Para Alice Monteiro de Barros, a maternidade tem função social. Em razão disto, as medidas que têm por escopo a proteção das empregadas em estado gravídico ou puerperal não constituem discriminação, pois se fundamentam na proteção à saúde da mulher e das futuras gerações<sup>341</sup>.

Trata-se de instituto tipicamente trabalhista, protegido pela Consolidação das Leis do Trabalho nos artigos 391 a 400. De acordo com o inciso XVIII do artigo 7º da Carta Magna, a empregada gestante terá garantido o seu emprego e o seu salário no período de 120 dias<sup>342</sup>.

Para usufruir deste direito, a empregada gestante deverá notificar seu empregador da data do início do afastamento, que poderá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência

<sup>338</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 465.

<sup>339</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ªed. São Paulo: LTr, 2012, p.766, 773.

<sup>340</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Op. Cit. Loc. Cit.* p. 465-466.

<sup>341</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 39.

<sup>342</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943.

deste, apresentando, para tanto, laudo médico. O período de repouso poderá ser estendido por duas semanas antes e depois do parto, também com a apresentação do laudo médico<sup>343</sup>.

#### 4.2.1 Natureza jurídica

Luciano Martinez já defendeu que a licença-maternidade se enquadra na hipótese de suspensão contratual (ou, conforme sua classificação, suspensão *stricto sensu*) uma vez que, embora o artigo 342 determine que “não haverá prejuízo do emprego e do salário”, a remuneração não seria paga pelo empregador, mas pelo INSS.<sup>344</sup> Contudo, passou a enxergar a licença-maternidade como situação *sui generis*, pois fogem das suspensões e interrupções contratuais tipicamente aplicadas. Para o autor, “apesar de não existir imposição de pagamento de salário, há obrigação residual dirigida aos patrões, de recolhimento de FGTS”.

Alice Monteiro de Barros também entende se tratar de questão controvertida. Conclui, contudo, que trata-se de hipótese de suspensão do contrato de trabalho, porque não há salário<sup>345</sup>. Já Mauricio Godinho Delgado entende que trata-se de interrupção contratual, pois todos os efeitos básicos da interrupção estão presentes. Para o autor, todos os destinatários da licença-maternidade tem seus contratos de trabalho interrompidos.

#### 4.2.2 Destinatários

De acordo com Luciano Martinez, a licença-maternidade tem por fato gerador o parto, o abortamento não criminoso e a adoção ou guarda para fins de adoção<sup>346</sup>.

A licença-maternidade foi criada para proteção da gestante e, em razão disso, é a que recebe atenção principal da legislação. Neste caso, a licença-maternidade tem início no dia do parto ou até 28 dias antes, como já tratado. Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas

<sup>343</sup> *Ibidem*. Artigo 392, §§ 1º e 2º.

<sup>344</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 496, 630-631.

<sup>345</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p.693.

<sup>346</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Op. Cit.* p. 567.

semanas, tendo assegurado o seu direito de retornar a função que ocupava antes do seu afastamento, conforme dispõe o artigo 396 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>347</sup>.

Importante registrar que a licença independe da do estado civil da mulher, de acordo com o artigo 2º da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho.<sup>348</sup>

Também tem direito a licença maternidade as adotantes ou as guardiãs para fins de adoção desde a publicação da Lei nº 10.421/02, concretizando o disposto no inciso II do artigo 201 da Constituição Federal. À elas se aplica todas as regras em vigor. A mãe adotiva está protegida pelo artigo 392-A<sup>349</sup>, acrescentado a Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei nº 12.873, de 2013<sup>350</sup>. Para tanto, deverá apresentar termo judicial de guarda. No caso de adoção conjunta, somente um dos adotantes ou guardiães terá direito a concessão da licença.

Interessante observar que apesar do disposto no artigo 2º da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho<sup>351</sup>, homens passaram a também ter direito a licença-maternidade em situações específicas. O artigo 392-A consagrou não só o princípio da igualdade substancial entre os filhos, mas também a igualdade de gênero, pois seu artigo 5º já menciona “empregado”. Também tiveram influência destes princípios os artigos 392-B e 392-C, ao incluírem no rol de destinatários da licença-maternidade o empregado em caso de morte da genitora e o adotante:

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

---

<sup>347</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Artigo 395. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943.

<sup>348</sup> Artigo II: “Para os fins da presente convenção o termo “mulher” designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo “filho” designa toda criança nascida de matrimônio ou não.” BRASIL. *Decreto nº 58.820*, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm). Acesso em: 30/10/2015.

<sup>349</sup> Artigo 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. § 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. § 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Artigo 395. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943.

<sup>350</sup> BRASIL. *Lei nº 12.873*, de 24 de outubro de 2013. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei nº 8.212/91 e a Lei nº 8.213/91 e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm).

<sup>351</sup> Artigo II: “Para os fins da presente convenção o termo “mulher” designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo “filho” designa toda criança nascida de matrimônio ou não.” BRASIL. *Decreto nº 58.820*, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm). Acesso em: 30/10/2015.

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia, a extensão da licença-maternidade às mães adotivas não é contrária a inconstitucional, pois embora o inciso XVIII do artigo 7º da Lei Maior assegure o direito a “gestante”, não veda que lei ordinária a estenda para o caso de adoção ou guarda judicial com fins de adoção. Tanto é assim que o *caput* menciona “outros”, “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”. O autor entende que o princípio da igualdade entre os filhos, previsto no artigo 226, §6º da Constituição, foi reforçado com a extensão da referida licença à mãe adotiva, considerando que é o filho o verdadeiro beneficiado pela licença<sup>352</sup>.

No entendimento de Válter Ishida, não é possível aplicar a licença-maternidade se o adotado for adolescente, pois, no seu sentir, a *ratio* desta licença é o período de maiores cuidados que o recém-nascido ou criança de tenra idade necessitam em razão da sua fragilidade. Não seria possível, assim, a aplicação analógica da licença para a adoção de adolescente, que possuindo doze ou mais anos de idade não necessita de cuidados tão específicos<sup>353</sup>.

Em sentido diametralmente oposto, Luciano Martinez<sup>354</sup> entende que a não concessão da licença-maternidade em caso de adoção de adolescente – que ocorreria em razão da aplicação fria do *caput* do artigo 342-A – vai de encontro ao artigo 227<sup>355</sup> da Constituição Federal que oferece idêntica proteção à criança e ao adolescente, assim como o artigo 1º da Lei nº 12.010/2009<sup>356</sup>. Ademais, a interpretação literal da regra trabalhista leva a crer que a licença-maternidade somente é aplicável se o adotado tiver entre zero e doze anos de idade

<sup>352</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 615-616.

<sup>353</sup> ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116-117.

<sup>354</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 640.

<sup>355</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

<sup>356</sup> Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. BRASIL. *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112010.htm).

incompletos, pois para o Estatuto da Criança e do Adolescente, a pessoa com este intervalo de idade é considerada criança<sup>357</sup>.

Também tem direito a licença-maternidade a empregada doméstica. A Lei nº 11.324/06<sup>358</sup> estendeu a estabilidade da gestante para as empregadas domésticas, modificando a Lei nº 5.859/72<sup>359</sup>. Porém, esta foi substituída pela Lei Complementar nº 150 de 2015, que prevê a estabilidade da doméstica no parágrafo único do seu artigo 25<sup>360</sup>.

Também neste caso atesta Gustavo Filipe Barbosa Garcia que não há inconstitucionalidade nas novas disposições, visto que apenas concretizam o artigo 7º, caput da Constituição, em consonância com os princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Inclusive, por força do princípio da norma mais favorável, a lei infraconstitucional pode ampliar o rol de direitos do empregado, no caso, doméstico, como forma de “melhoria de sua condição social”. Não é possível olvidar, que o parágrafo único deve ser interpretado de acordo com o caput, “o que, na hipótese em estudo, revela a plena aplicabilidade do princípio da norma mais benéfica no plano da relação de emprego, bem como a tese de que os direitos arrolados no parágrafo único do artigo 7º podem ser ampliados por outras fontes normativas”<sup>361</sup>.

<sup>357</sup> Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. BRASIL. *Lei nº 12.010*, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm).

<sup>358</sup> BRASIL. *Lei nº 11.324*, de 19 de Julho de 2006. Altera dispositivos das Leis nos 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949. Brasília, DF: Senado, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm),

<sup>359</sup> BRASIL. *Lei nº 5.859*, de 11 de Dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1972. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5859.htm).

<sup>360</sup> Art. 25. A empregada doméstica gestante tem direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, nos termos da Seção V do Capítulo III do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. BRASIL. *Lei Complementar nº 150*, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm).

<sup>361</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1087.

### 4.2.3. Estabilidade

O artigo 391 e seu parágrafo único da Consolidação esclarecem que a mulher não poderá ter seu contrato de trabalho restrito ou rescindido por motivo de gravidez.<sup>362</sup> A gestante terá, portanto, o direito a estabilidade provisória no emprego a partir da confirmação do estado de gravidez, ainda que durante o aviso prévio trabalhado ou indenizado<sup>363</sup>.

É o artigo 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>364</sup> que veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante. A estabilidade tem início a partir da confirmação da gravidez, e termo até cinco meses após o parto. Não se confunde com o período de gravidez (ou período gestacional, que tem início com a concepção e fim com o parto ou aborto), pois no primeiro a empregada pode estar trabalhando, enquanto no segundo estará afastada percebendo remuneração. A estabilidade é de ordem objetiva visto que não depende do conhecimento do empregador da existência da gravidez. É possível compreender, a partir de compreensão *a contrario sensu* do referido artigo do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias que é lícita dispensa com justa causa da empregada gestante<sup>365</sup>.

De acordo com Gustavo Filipe Barbosa Garcia, a adotante não terá direito a estabilidade, pois as normas que lhe estenderam o direito a licença-maternidade nada mencionam sobre a estabilidade, sendo aplicada tão somente a gestante. Porém, nada impede que instrumento normativo coletivo ou eventual lei ordinária disponha sobre o tema<sup>366</sup>.

A estabilidade da empregada urbana, rural, avulsa e doméstica no ciclo gravídico-puerperal é legal e provisória, e consiste em garantia de emprego desde a confirmação da gravidez

---

<sup>362</sup> Art. 391: “Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez”. (BRASIL). *Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943.

<sup>363</sup> Art. 391-A: “A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. *Ibidem*.

<sup>364</sup> Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct).

<sup>365</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 635-636.

<sup>366</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1089-1090.

até cinco meses após o parto. Esta medida atende ao “elevado espírito social que essa situação particular reclama”, pois a gestante poderia vir a ser alvo de despedida injusta. Esta impossibilidade é grave e *nula*, “pois atinge a mãe trabalhadora em momento difícil de sua vida”. Em caso de dispensa arbitrária (que não se funda em motivo disciplinar, econômico ou financeiro, conforme aplicação analógica do artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>367</sup>) a responsabilidade do empregador é objetiva, não cabendo prova em contrário<sup>368</sup>.

Caso a Convenção Coletiva da categoria dispor que o início da estabilidade terá como marco a concepção, é o que prevalecerá, segundo Amauri e Sônia Mascaro Nascimento<sup>369</sup>. A partir de então a empregada poderá gozar da licença-maternidade, sem prejuízo da remuneração, que será paga de maneira substitutiva através do salário-maternidade.

#### 4.2.4. Salário-maternidade

A Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho assegura o período de licença de maternidade com direito a prestações em espécie e assistência médica, e prevê que em nenhuma hipótese o empregador será responsabilizado pelo custo das prestações devidas às mulheres que emprega<sup>370</sup>. Isso significa que a remuneração percebida pela empregada no período que está gozando de licença-maternidade fica a cargo do sistema previdenciário estatal, a fim de evitar discriminação no mercado de trabalho da mulher, que está inclusive albergado no inciso XX do artigo 7<sup>o</sup><sup>371</sup> da Constituição Federal<sup>372</sup>.

<sup>367</sup> Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943.

<sup>368</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ªed. São Paulo: LTr, 2012, p.773, 783.

<sup>369</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho. História e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 29ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 951.

<sup>370</sup> Artigo III. 1. “Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade”; Artigo IV, 8. “Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”. BRASIL. *Decreto nº 58.820*, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm). Acesso em: 30/10/2015.

<sup>371</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. (1988). Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm).

Foi com a Constituição de 1967<sup>373</sup> que passou a existir a proteção da Previdência Social quanto a maternidade, em seu artigo 158, XVI.<sup>374</sup> Atualmente, o salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante cento e vinte dias, com início no período entre vinte e oito dias antes do parto e a data de ocorrência deste<sup>375</sup>.

O salário-maternidade consiste em renda mensal no valor integral percebido pela empregada a título de remuneração. Não se trata de salário propriamente dito, mas de benefício previdenciário, visto que é pago pelo INSS. Caso a renda seja variável, será calculada de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, sem prejuízo das vantagens adquiridas no decorrer do seu afastamento<sup>376</sup>.

A redação do artigo 97 do Decreto nº 3.048 afirma que o salário maternidade só seria devido caso a empregada permanecesse no emprego. Contudo, a jurisprudência já pacificou que basta a qualidade de segurada. Nesta tendência foi editado o Decreto nº 6.122/07, dando nova redação aos artigos do Regulamento da Previdência Social, para dispor que a segurada fará jus ao recebimento do salário-maternidade. A concessão do salário maternidade independe do número de contribuições pagas pela segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica. É devido durante 120 dias, com início até 29 dias anteriores ao parto e término 91 dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto. Tem início com o afastamento do trabalho pela segurada, o qual é determinado com base em atestado de afastamento. O benefício para a mãe adotante ou guardiã é devido ainda que a mãe biológica do adotado ou da criança sob guarda já tenha percebido salário-maternidade quando do nascimento.<sup>377</sup>

A Lei nº 11.770/08 estendeu o benefício para cento e oitenta dias, caso a empresa tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã.

#### 4.2.5. Prorrogação

---

<sup>372</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1079.

<sup>373</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art189](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art189).

<sup>374</sup> Artigo 158, XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte.

<sup>375</sup> Artigo 71 da. BRASIL. Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991. "Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências". Brasília, DF: 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm).

<sup>376</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 315.

<sup>377</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 18ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 849-854.



A Lei nº 11.770/08 estendeu o a licença-maternidade para cento e oitenta dias, caso a empresa tenha aderido ao Programa Empresa Cidadã. De acordo com o site da Receita Federal<sup>378</sup>, “a pessoa jurídica poderá aderir ao Programa Empresa Cidadã mediante Requerimento de Adesão formulado em nome do estabelecimento matriz, pelo responsável perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ)”. Este Requerimento deve ser formulado no site da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

É beneficiária a empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que ela requeira a prorrogação do salário-maternidade até o final do primeiro mês após o parto. Esta solicitação é feita junto à empresa, de acordo com as regras do Decreto nº 7.052/2009.

Além da gestante, também podem receber este benefício a empregada que adotar.

Esta prorrogação não estende o período de estabilidade gravídica, que continua a vigor por até cinco meses após o parto.<sup>379</sup>

#### 4.3 LICENÇA-PATERNIDADE

A licença-paternidade está garantida pelo art. 7º, XIX da Constituição Federal de 1988<sup>380</sup>. Por não ter sido disciplinada até a presente data, a lei referida no artigo, o §1º do artigo 10 da ADCT prevê que tal licença terá prazo de cinco dias.<sup>381</sup> Tem por finalidade permitir que o pai acompanhe a mulher e o filho.<sup>382</sup> Por se tratar de hipótese de interrupção contratual, o pai é remunerado pelo próprio empregador, diferentemente da licença-maternidade em que a remuneração é operada pelo Regime Geral de Previdência Social.

É devida ao empregado urbano e rural e ao doméstico, conforme lição de Sergio Pinto Martins. Discute-se se é um direito trabalhista ou previdenciário, e caso seja trabalhista, se deveria ser remunerado. Não há lei que determine que esta licença seja remunerada pela Previdência, sendo prevista apenas para o servidor público no artigo 208 da Lei nº 8.212/90. O autor crê que o fato de a licença ser um direito não significa que o empregador deva

<sup>378</sup> *Programa Empresa Cidadã*. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/empresacitada/default.htm>. Acesso em: 28/10/2015.

<sup>379</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.564.

<sup>380</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

<sup>381</sup> “§ 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no Art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

<sup>382</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro; Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho. História e teoria geral do trabalho, relações coletivas do trabalho*. 29ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 953.

remunerá-lo.<sup>383</sup> Luciano Martinez entende que a licença-paternidade deveria ter natureza previdenciária.<sup>384</sup>

Para Ishida, cabe a aplicação da licença paternidade de cinco dias ao pai adotante, por isonomia. Sergio Pinto Martins partilha da mesma opinião.<sup>385</sup> Foi aprovada pela Comissão de Constituição, Cidadania e Justiça do Senado Federal, em 10 de setembro de 2009, a licença-paternidade nos casos de adoção e de guarda com fins de adoção de criança até cinco anos de idade.<sup>386</sup> Contudo, o Projeto de Lei do Senado nº 157 de 04 de junho de 2002 foi arquivado ao final da legislatura em 11 de janeiro de 2011.<sup>387</sup>

Este, contudo, não é o entendimento da jurisprudência:

LICENÇA-PATERNIDADE. FINALIDADE. ADOÇÃO.

A licença-paternidade prevista no art. 10, § 1º, do ADCT tem por finalidade permitir a assistência do pai ao filho recém-nascido e, por consequência, também à esposa ou companheira no momento do nascimento e nos primeiros dias de vida da criança, consistindo o parto o "dies a quo" do benefício. Não tendo o autor vivenciado as condições necessárias à postulação do benefício, resta indeferi-lo<sup>388</sup>.

#### 4.4 APLICAÇÃO AOS PARES HOMOAFETIVOS CASADOS

As licenças maternidade e paternidade aos casais homoafetivos não vem sendo aplicada de maneira uniforme. Em alguns casos, são resolvidos na própria sede da empresa. Contudo, pela ausência de normas, dependem da tutela jurisdicional.

Já se observa uma tendência a relativizar o gênero quando da aplicação da licença. É dizer que apesar de as licenças receberem nomenclatura em referência ao gênero (maternidade, mulher; paternidade, homem), as licenças maternidade já vêm sendo aplicadas aos homens, independentemente de estado civil e de orientação sexual.

<sup>383</sup> MARTINS, Sergio Pinto de. *Direito do Trabalho*. 31ªed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 385-386.

<sup>384</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 563.

<sup>385</sup> MARTINS, Sergio Pinto de. *Op. Cit.* p. 387.

<sup>386</sup> ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117.

<sup>387</sup> BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 157*, de 04 de junho de 2002. Acrescenta artigo 392-B à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5452, de 1943, e altera o artigo 210 da Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990, para dispor sobre a licença-maternidade das servidoras mães adotantes ou que tenham obtido guarda judicial de crianças, e a licença paternidade dos trabalhadores celetistas e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50519>. Acesso em: 28/10/2015.

<sup>388</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://consultas.trt12.gov.br/SAP2/DocumentoListar.do?pidDoc=306640&plocalConexao=sap2&ptipo=PDF>. Acesso em: 28/10/2015.

O artigo 2º da Convenção nº 103 da Organização Internacional do Trabalho<sup>389</sup> foi mais uma vez relativizado, pois haverá casos em que uma mulher não terá direito a licença-maternidade. No caso de casal homoafetivo feminino, da análise do caso concreto o juiz poderá decidir pela não aplicação da licença para a mulher que não gestou, ainda que na certidão de nascimento conste como mãe, tendo em vista a proibição do parágrafo 5º do artigo 342-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

No que concerne ao salário-maternidade, o Ministério da Previdência Social, na Portaria MPS nº 513, de 9 de dezembro de 2010, estabeleceu que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Conforme já observado, as normas de direito do trabalho não excluem que seja aplicada a licença maternidade no caso de filiação homoafetiva, pois é possível a aplicação por analogia ou mesmo a aplicação propriamente dita, no caso de casal feminino. As normas estão postas, mas precisam ser aplicadas.

Por força disso, forçoso é observar como se pronuncia o judiciário, pois, no Brasil já se iniciam os precedentes judiciais no sentido de aplicar a licença maternidade à pai homoafetivo (casado) adotante, conforme jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. LICENÇA REMUNERADA DE 120 DIAS. CONCESSÃO. DIREITO DO FILHO. CASAL HOMOAFETIVO. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO.

1. A licença é direito também do filho, pois sua finalidade é "propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para o desenvolvimento saudável da criança" (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada. 2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas, em especial aos filhos havidos dessas uniões (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11). 3. Assim, a licença

<sup>389</sup> Artigo II: "Para os fins da presente convenção o termo "mulher" designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo "filho" designa toda criança nascida de matrimônio ou não." BRASIL. *Decreto nº 58.820*, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm). Acesso em: 30/10/2015.

remunerada de 120 (cento e vinte dias), com a prorrogação de 60 (sessenta) dias prevista no art. 2º, § 1º, do Decreto n. 6.690/08, deve ser estendida ao casal homoafetivo, independentemente do gênero, no caso de adoção ou guarda de criança de até 1 (um) ano de idade. 4. Agravo de instrumento provido, restando prejudicados o pedido de reconsideração e o agravo legal da União. (AI nº 0032763-15.2012.4.03.0000/MS, Relator André Nekatschalow).

Contudo, em razão da falta de disciplina legal, ainda há embates no judiciário, conforme se percebe da jurisprudência abaixo, na qual foi requerida a licença-maternidade por uma mulher em relacionamento homoafetivo, pedido este que foi negado pois o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios entendeu que não se deve aplicar a licença tendo em vista apenas o gênero da pessoa, enquadrando-se, portanto, na hipótese de licença-paternidade:

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. LICENÇA MATERNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO.

1. O intuito de se conferir a licença maternidade é possibilitar à servidora o apoio necessário para promover os cuidados de uma criança, em momentos extremamente delicados da vida, quais sejam o nascimento e a adoção. A condição de vulnerabilidade é presumida, o que acarreta o essencial amparo do Estado.

2. A extensão do auxílio maternidade, no período de 180 dias, à pessoa que não se encontra na condição de gestante ou adotante gera um descompasso inaceitável, eis que se estará concedendo um benefício a alguém pelo simples fato de ser mulher, mas que se subsume nos mesmos fundamentos lógicos e jurídicos atinentes à situação geradora da licença paternidade.

**3. A criação de um novo tipo de benefício pelo Poder Judiciário, com prazo diferenciado, à mulher que não se enquadra nos ditames legais, ofende os princípios da legalidade, da isonomia e a tripartição de poderes.**

4. Recurso desprovido.

(Acórdão n.855780, 20130110227074APC, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Revisor: JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/03/2015, Publicado no DJE: 20/03/2015. Pág.: 163)<sup>390</sup>.

É possível tecer alguns comentários sobre a aplicabilidade. Se esta se fundasse apenas no gênero, se estaria diante de uma injustiça, tendo em vista que duas mulheres poderiam passar mais tempo em casa, às custas da previdência social, enquanto dois homens precisariam se organizar para passarem, os dois, cinco dias simultâneos. As normas de direito trabalhista não devem ser aplicadas dessa forma, sob o risco de não ser cumprido o princípio máximo da proteção ao empregado. Devem, portanto, serem aplicadas de maneira mais favorável, visando o bem estar dos empregados, que desejam aproveitar o projeto

<sup>390</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130110227074APC. Relator: Min. MARIO-ZAM BELMIRO. Brasília, DJ 20 mar. 2015. Disponível em: <http://goo.gl/Okfr7Z>. Acesso em: 28/10/2015.

parental e cuidar da sua prole. Não seria possível, ainda, descuidar dos princípios da melhor doutrina e da proteção integral, afinal, apesar de a licença ser instituto trabalhista, buscou no direito de família as razões de ser, visto que se fundamenta na proteção a maternidade, ao nascituro, e na criança e adolescente.

Foi elaborado o Estatuto da Diversidade sexual que, segundo Maria Berenice Dias, “prevê a licença-natalidade, a ser deferida a ambos os pais para que possam acompanhar o desenvolvimento dos filhos da maneira que lhes seja mais conveniente” <sup>391</sup>, junto com uma Proposta de Emenda a Constituição, que se encontra hoje no Senado Federal com o número 110/2011.

De acordo com este Estatuto, a suspensão em razão de estado gravídico ou adoção deixa de se relacionar com o gênero quando se tratar de hipótese de filiação por casais compostos por pessoas do mesmo sexo, utilizando o termo “natalidade”. Dessa forma corrobora-se o a licença como direito do nascituro, e não dos pais (ou mães), e deixa para estes o dever de escolher quem permanecerá em casa por mais tempo com a criança recém-nascida ou adotada.

A escolha não se dará objetivamente pelo próprio ordenamento em razão do gênero, portanto; será feita pelos pais (ou mães) através dos seus próprios critérios subjetivos, nascidos do âmago da relação afetiva do casal com a criança. Estes critérios podem se basear na situação financeira, na afinidade, no tipo do emprego... O que realmente importa é que essa decisão seja tomada conjuntamente pelo casal considerando o melhor interesse para a criança.

---

<sup>391</sup> DIAS, Maria Berenice de. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175-176.

## 5 CONCLUSÃO

As normas de direito de família que regem a filiação não mais obstaculizam a realização do projeto parental por pessoas do mesmo sexo, em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal que estabeleceu natureza de família às uniões homoafetivas. É perfeitamente possível, no Brasil, que um casal homoafetivo persiga o desejo da filiação através da adoção, da reprodução assistida heteróloga e do útero de substituição.

No direito do trabalho busca-se a proteção ao empregado e, no caso da licença, a proteção a maternidade *lato sensu*, abarcando os pais, o nascituro e o adotado. Porém, as repercussões da homoparentalidade ainda carecem de observação mais detalhada, para que não sejam cometidas injustiças.

É possível concluir que a ausência de normas legislativas acarreta em insegurança jurídica, pois até então coube apenas ao judiciário emitir juízos de valor a este respeito.

## 6. REFERÊNCIAS

Provimento Conjunto nº CGJ/CCI 008/2014. Regulamenta os procedimentos do registro de nascimento homoparental. Disponível em: <http://www.portaldori.com.br/pri/wp-content/uploads/prov.conjunto.pdf>. Acesso em: 25/10/2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: Limites éticos e jurídicos*. Salvador: Jupodivm, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O “Fundamento do Direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Almedina.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8ªed. São Paulo: LTr, 2012.

BÍBLIA SAGRADA. Bíblia online. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br>. Acesso em: 14/09/2015.

BONFIM, Mario Jorge Carneiro. *O patriarca tradicional e suas relações sociais na visão de Gilberto Freyre*. Semana de Mobilização Científica. UCSAL, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>. Acesso em: 08/10/2015.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1943.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm).

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, de 1934*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 21.10.2015.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, de 10 de Novembro de 1937*. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm).

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*, de 18 de Setembro de 1946. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm).

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Rio de Janeiro, RJ: Conselho de Estado, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 12/10/2015.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de Janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Sala das Sessões do Governo Provisório. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm).

BRASIL. *Decreto nº 58.820*, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm). Acesso em: 30/10/2015.

BRASIL. *Decreto nº 58.820*, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Brasília, DF: 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D58820.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm). Acesso em: 30/10/2015.

BRASIL. Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. “Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 29/09/2014.

BRASIL. *Emenda Constitucional de 3 de Setembro de 1926*. Institui emendas à Constituição Federal de 1891. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1926. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc anterior1988/emc%20de%2003.9.26.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc%20anterior1988/emc%20de%2003.9.26.htm)

BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 66*, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF: Senado, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm).

BRASIL. *Lei Complementar nº 150*, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm).

BRASIL. Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Artigo 5º inciso III. Brasília, DF: Senado, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em 09/10/2015.



BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em: 21/10/2015.

BRASIL. *Lei nº 11.324*, de 19 de Julho de 2006. Altera dispositivos das Leis nos 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949. Brasília, DF: Senado, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm).

BRASIL. *Lei nº 12.004* de 29 de julho de 2009. “Altera a Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L12004.htm). Acesso em: 29/09/2015.

BRASIL. *Lei nº 12.873*, de 24 de outubro de 2013. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei nº 8.212/91 e a Lei nº 8.213/91 e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm).

BRASIL. *Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916*. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm).

BRASIL. *Lei nº 4.121*, de 27 de Agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Senado, 1962. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)

BRASIL. *Lei nº 5.859*, de 11 de Dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1972. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5859.htm).

BRASIL. *Lei nº 6.015*, de 31 de dezembro de 1973. “Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L6015original.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6015original.htm). Acesso em: 20/05/2015.

BRASIL. *Lei nº 6.515* de 26 de dezembro de 1977. “Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”. Brasília, DF: Senado, 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 29/09/2015.

BRASIL. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1977. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm).

BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 21/09/2015.

BRASIL. *Lei nº 8213*, de 24 de julho de 1991. “Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências”. Brasília, DF: 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm).

BRASIL. Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949. “Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos legítimos”. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L0883.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm). Acesso em: 28/09/2015.

BRASIL. *Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm). Acesso em: 21/10/2015.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 157*, de 04 de junho de 2002. Acrescenta artigo 392-B à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5452, de 1943, e altera o artigo 210 da Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990, para dispor sobre a licença-maternidade das servidoras mães adotantes ou que tenham obtido guarda judicial de crianças, e a licença paternidade dos trabalhadores celetistas e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50519>. Acesso em: 28/10/2015.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.151* de 26 de outubro de 1995. Disciplina a união civil de pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>. Acesso em 30/10/2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583/2013, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=351CDEB56697C2CE5F50C20ED57B82C8.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=351CDEB56697C2CE5F50C20ED57B82C8.proposicoesWeb2?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1281093/SP – Proc. 2011/0201685-2. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: D. H. M. E. S. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DJ 04 fevereiro. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/Nq1upf>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 148897-MG – Proc. 97 661245. Recorrente: Milton Alves Pedrosa. Recorrido: L. M. B. G. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 10 fev. 1998. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199700661245&dt\\_publicacao=06-04-1998&cod\\_tipo\\_documento=](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700661245&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=). Acesso em: 17/10/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 820.475-RJ – Proc. 97 661245. Recorrente: A.C.S. e outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 06 out. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 889.852/RS – Proc. 2006/0209137-4. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Batista Prearo. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DJ 10 agosto. 2010. Disponível em: <https://goo.gl/yhNJpt>. Acesso em: 24/10/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.183.378-RS – Proc. 2010/0036663-8. Recorrente K. R. O. Recorrido: L. P. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 01 fev. 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000366638&dt\\_publicacao=01/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012). Acesso em: 07/10/2015.

República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DJ 13 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 29/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DJ 13 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 30/09/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 846.102 (Segredo de Justiça). Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: A L M DOS R, D I H. Relator: Min. Cármen Lúcia. DJ-e nº 52, 17/03/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=846102&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento nº 0304200-45.2012.8.05.0000. Agravante: Maria Evangelina Leal de Carvalho. Agravado: Avany Dantas da Silva Macedo. Relator: Des. José Olegário Monção Caldas. Salvador, DJ 20 novembro. 2012. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=50059>. Acesso em: 17/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 20130110227074APC. Relator: Min. MARIO-ZAM BELMIRO. Brasília, DJ 20 mar. 2015. Disponível em: <http://goo.gl/Okfr7Z>. Acesso em: 28/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível nº 24040071151. Apelante: Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Vitória. Apelado: Rosinaldo Rodrigues Ribeiro. Relator: Des. Rômulo Taddei. Vitória, DJ 04 dezembro. 2006. Disponível em: [http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta\\_jurisprudencia/Ementa\\_sem\\_formatacao\\_ACORD.cfm?CDRECURS=187394](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/Ementa_sem_formatacao_ACORD.cfm?CDRECURS=187394). Acesso em 17/10/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70001388982. Apelante: E.H.O. Apelado: N.G. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, DJ 14 março. 2001. Disponível em: <http://goo.gl/J8BpZx>. Acesso em: 17/10/2015

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos Infringentes nº 70011120573. Embargante: C.W. Embargado: M.P. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Porto Alegre, DJ 18 novembro. 2005. Disponível em: <http://goo.gl/2Bzq4Y>. Acesso em: 16/10/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://consultas.trt12.gov.br/SAP2/DocumentoListar.do?pidDoc=306640&plocalConexao=sap2&tipo=PDF>. Acesso em: 28/10/2015.

BRASÍLIA. Projeto de Lei nº 173/2015, de 26 de fevereiro de 2015. Institui as Diretrizes para implantação da Política Pública de Valorização da Família no âmbito do Distrito Federal. Brasília, DF: Câmara Legislativa. Disponível em: <http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaProposicao-1!173!2015!visualizar.action>.

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

CARBONERA, Silvana Maria. In CARLOS, Paula Pinhal de. *A Perspectiva Civil-Constitucional das Uniões Homossexuais e o seu Reconhecimento Enquanto Entidades Familiares: a Reprodução da Matriz Heterossexual pelo Direito como Obstáculo à Efetivação dos Direitos dos Homossexuais*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8, nº 39, dez/jan 2007.

CARNEIRO, Valnêda Cássia Santos. *Filiação e Biotecnologia: questões novas na tutela jurídica da família*. 1ªed. Salvador: Romanegra, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 18ªed. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

Censo Demográfico 2010: Famílias e domicílios. Disponível em: [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd\\_2010\\_familias\\_domicilios amostra .pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios amostra .pdf). Acesso em: 05/05/2015.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil. Direito de família*. V.5. Tomo 1. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. V.5. São Paulo: Saraiva, 2006.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 1961. Versão para e-book, 2006. Disponível em: [www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf](http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf). Acesso em: 30/10/2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 5ªed. Salvador: Juspodivm, 2011.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. (1948). Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 29/09/2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13ªed. São Paulo: LTr, 2014

DIAS, Maria Berenice de. *Manual de Direito das Famílias*. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *União Homoafetiva: O preconceito & a justiça*. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V.5. 26ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=713694&num\\_registro=200600345254&data=20081006&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=713694&num_registro=200600345254&data=20081006&formato=PDF). Acesso em: 17/10/2015.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária, 1954.

FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família: elementos críticos a luz do novo código civil brasileiro*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. V.6. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil. Teoria Geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 367.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Contrato de namoro. Disponível em [www.jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro](http://www.jus.com.br/artigos/8319/contrato-de-namoro). Acesso em: 29/10/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família: A família em perspectiva constitucional*. V.6. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 6. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2015.

Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V. Enunciados Aprovados. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 25/10/2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: Aspectos Médicos, Religiosos, Psicológicos, Éticos e Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Famílias*. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. *Curso Avançado de Direito Civil. Direito de Família*. V.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MARCONDES FILHO, Alexandre. *apud* MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed, 2014.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 31ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ªed. 19ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família. Direito Matrimonial* V.1. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 29ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY, João W. *Viagem solitária. Memórias de um transexual trinta anos depois*. São Paulo: Leya, 2011. E-book.

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*: Resolução da Assembleia Geral da ONU 217-A (III), 10 de dezembro de 1948, artigo 1º. New York: ONU, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 22/10/2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva de. *Instituições de direito civil. Direito de família*. V. 5. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha de. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015

PEREIRA, Rodrigo da Cunha de. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2012

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica*. 2ªed. Belo Horizonte: DelRey, 1999

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípio da Afetividade*. In *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*. 2ª Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº 634 de 11 de junho de 1975. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP\\_B.pdf#page=1](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13JUN1975SUP_B.pdf#page=1). Acesso em: 22/10/2015.

PROVIMENTO CONJUNTO N.º CGJ/CCI - 12/2012/PROVIMENTO N.º 04/2007. Disponível em: [http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento\\_conjunto\\_12\\_2012.pdf](http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/provimento_conjunto_12_2012.pdf). Acesso em: 25/10/2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992 de 19 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358\\_1992.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm). Acesso em: 21/10/2015.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010, de 06 de janeiro de 2011. Modifica a Resolução nº 1.358/1992 e a substitui *in totum*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm). Acesso em: 21/10/2015.

RESOLUÇÃO CFM N.º 2.013/2013 de 09 de maio de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em:

[http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf). Acesso em: 20/05/2015.

Resolução CFM nº 2.121/2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/13. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/download/2121-2015.pdf>. Acesso em: 21/10/2015.

ROUDINESCO, Elisabeth. In CARLOS, Paula Pinhal de. *A Perspectiva Civil-Constitucional das Uniões Homossexuais e o seu Reconhecimento Enquanto Entidades Familiares: a Reprodução da Matriz Heterossexual pelo Direito como Obstáculo à Efetivação dos Direitos dos Homossexuais*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 8., nº 39, dez/jan 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Supremo Tribunal Federal. Súmula 382: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em: 17/10/2015

Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 380. “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”. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em 30/10/2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário*. V.1. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. V. 6. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnold. *O novo direito de família*. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2002

## 7. ANEXOS