

DOI: 10.33242/rbdc.2022.02.003

O DIREITO FUNDAMENTAL DE SE CASAR COM QUEM SE QUER

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO MARRY WHOEVER ONE WANTS

Paloma Braga Araújo de Souza

Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Professora de Direito Civil na Universidade Salvador (Unifacs). Advogada no Braga,
Cartaxo, Carvalho & Matos – Escritório de Advocacia. Vice-Presidenta do Instituto
Baiano de Direito e Feminismos (Ibadfem). Membro dos grupos de pesquisa Vida e
Conversas Civilísticas, ambos da Universidade Federal da Bahia.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7107-1285>. E-mail: paloma@bccm.adv.br.

Resumo: O escopo do trabalho é analisar se algumas das vedações legais ao casamento ultrapassam ou não o limite constitucionalmente autorizado da interferência estatal nas famílias. O desenvolvimento do trabalho parte da premissa que reconhece a existência de um direito fundamental a constituir/pertencer a uma família. A hipótese de trabalho é a de que a proteção constitucional conferida às famílias não autoriza que ingerências estatais excedam o estritamente necessário à proteção dos sujeitos vulneráveis, ou a tutela da esfera jurídica de terceiros, sob pena de violarem a autonomia privada, a liberdade, a isonomia, a dignidade e o próprio direito fundamental à família. A partir da pesquisa bibliográfica somada à análise de jurisprudência, foi utilizado o método analítico-dedutivo cartesiano. Ao final do trabalho são as conclusões a que se chegou, no sentido de que as interdições legislativas ao casamento só são admissíveis se preservarem o núcleo essencial do direito fundamental.

Palavras-chave: Famílias. Casamento. Autonomia privada.

Abstract: The scope of the paper is to analyze whether or not some of the legal prohibitions on marriage exceed the constitutionally authorized limit of state interference in families. The development of work starts from the premise that recognizes the existence of a fundamental right to constitute / belong to a family. The working hypothesis is that the constitutional protection granted to families does not allow state interference to exceed what is strictly necessary for the protection of vulnerable subjects, or the protection of the legal sphere of third parties, under penalty of violating private autonomy, freedom, equality, dignity and family as fundamental right itself. From the bibliographic research added to the jurisprudence analysis, the Cartesian analytical-deductive method was used. At the end of the work there are the reached conclusions, in the sense that legislative prohibitions on marriage are only permissible if they preserve the essential nucleus of the fundamental right.

Keywords: Families. Marriage. Private autonomy.

Sumário: 1 Introdução – 2 A família e o direito no século XX – 3 As famílias na Constituição Federal – 4 O direito fundamental de casar com quem se quer – 5 Conclusões – Referências

1 Introdução

Passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição e dezessete anos de vigência do Código Civil, é notório que estes diplomas marcaram uma transição na hermenêutica do direito privado, que vem sendo chamada de constitucionalização do direito civil.

No âmbito das famílias, do Estatuto da Mulher Casada, de 1962, ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 em 2011, o direito vem caminhando para um conceito de família comprometido com a dignidade humana.

Com o amparo da Constituição, o olhar do direito sobre a família se volta mais às pessoas que à instituição. Nessa ordem de ideias, faz-se necessário redefinir as fronteiras entre o público e o privado em matéria de direito das famílias, entender onde termina a constitucionalização e onde começa uma indevida *publicização* do regramento familiarista. Assim, é escopo do presente trabalho analisar se algumas das interdições legais ao casamento ultrapassam ou não o limite constitucionalmente autorizado da interferência estatal nas famílias.

O problema da pesquisa, portanto, é saber se determinadas vedações ao casamento estabelecidas pela legislação se situam no limite constitucionalmente autorizado da interferência estatal na família ou se quebram o tratamento isonômico que deve ser dado às entidades familiares não passando pela filtragem constitucional. As vedações a que se refere são aquelas que não amparam pares homoafetivos, determinadas pessoas ligadas por parentesco e relações poligâmicas.

O desenvolvimento do trabalho parte da premissa que reconhece a existência de um direito fundamental à família. Embora não haja nenhum dispositivo que refira a tal direito no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição, tal ilação é possível a partir da aplicação sistemática da teoria dos direitos fundamentais. Com base nisso, são objetivos da pesquisa analisar as transformações havidas nas famílias, especialmente no século XX, e como o direito acompanhou tais transformações; demonstrar a existência de um direito fundamental ao casamento, que só pode sofrer restrições que não importem discriminações indevidas; analisar as interdições ao casamento que invadem, de modo injustificado, a autonomia privada.

A hipótese de trabalho foi a de que a proteção constitucional conferida à família não autoriza que ingerências estatais excedam o estritamente necessário à proteção dos sujeitos vulneráveis, ou a tutela da esfera jurídica de terceiros, sob pena de violarem a autonomia privada, a liberdade, a isonomia, a dignidade e o próprio direito fundamental à família.

A investigação se orientou pelos procedimentos de pesquisa bibliográfica e documental, mediante revisão de literatura e jurisprudência, análise da legislação

e de documentos de primeira mão, como reportagens de jornal. Quanto aos objetivos, a pesquisa tem natureza explicativa e abordagem qualitativa, valendo-se do método analítico-dedutivo cartesiano, partindo-se da premissa mais ampla para os pontos mais específicos que compõem a hipótese.

2 A família e o direito no século XX

A história do direito de família no Brasil, assim como em diversos ordenamentos jurídicos, é marcada por vários registros de exclusão.¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe uma mudança de paradigmas no que concerne à família, uma vez que colocou o direito à família como direito humano, nele incluído a igualdade entre homens e mulheres e a especial proteção à maternidade e à infância. Entretanto, a realização desses direitos não se deu de modo uniforme, tampouco concomitante, nas diversas nações.

Até três quartos do século XX, não se percebeu grande diversidade nos modos de organização familiar. Pelo contrário: predominou um modelo de família “ideal” ou idealizado, composto por par heterossexual monogâmico e seus descendentes.

Mudanças no modo de assimilar as estruturas familiares estão diretamente ligadas a transformações sociais, econômicas e culturais, de modo que a família não pode ser estudada como uma instituição isolada, mas como parte de um conjunto de instituições e práticas sociais, em que o Estado, as leis, as crenças religiosas, o sistema econômico e outros fatores atuam simultaneamente para configurá-la.²

No Brasil, os direitos humanos só ganharam força a partir da promulgação da atual Constituição. A Carta Política de 1988 é fruto de um gradual processo de redemocratização, após mais de duas décadas de ditadura militar, na qual se estabeleceu uma pujança do Poder Executivo e a supressão de diversos direitos individuais. Desse modo, a Constituição se consolidou como “[...] marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”.³

Do Preâmbulo aos Princípios Fundamentais, o núcleo material de todo o projeto constitucional pátrio se funda na busca de uma harmonia social, decorrente do respeito à pluralidade, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Mas a

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 58, p. 195-201, maio/ago. 2006.

² JELIN, Elizabeth. *Pan y afectos: la transformación de las familias*. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 25.

³ PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51-52, p. 81-101, 1999.

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, inspirada nos ideais – assumidos como palavras de ordem pela Revolução Francesa – de liberdade, igualdade e fraternidade, não prescinde da compreensão da pessoa humana como fundamento e fim da sociedade e do Estado.⁴

Como afirma Jorge Miranda, essa compreensão, que deve recair sobre a “[...] pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana”, é que conduz à consagração constitucional de direitos fundamentais de matizes mais diversas: da vida e integridade física aos direitos sociais e trabalhistas; da presunção de inocência à proteção da intimidade; da liberdade de crença à proteção das crianças e das pessoas com deficiência,⁵ passando, é claro, pelas relações de família.

No campo do direito das famílias, as transformações do último século são sensíveis e a família hierarquizada, casamentária e patriarcal cedeu espaço a novos arranjos familiares em que as mulheres assumem posição de destaque, o pátrio poder se transmuda em poder-dever familiar e a dignidade dos membros da família importa mais do que a sua representação social enquanto instituição.

Nesse contexto, família, mais do que um vínculo jurídico, significa uma comunidade de afeto, espaço para o livre desenvolvimento da personalidade e *locus* de afirmação da dignidade humana. Desse modo, torna-se imperioso redefinir os espaços de atuação da ordem pública e da autonomia privada na geografia familiarista.

Mais de dez anos após a vigência da Constituição e poucos anos antes de entrar em vigor o Código Civil, João Baptista Villela afirmou: “Não creio laborar em equívoco ou exagero, se disser que o direito de família brasileiro é procriacionista, autoritário, determinista, substitutivista, invasivo e extremamente guloso”.⁶

Embora nas duas últimas décadas algumas dessas questões objeto da crítica tenham sido minimizadas, as reflexões do professor mineiro já revelavam o anacronismo da excessiva – e, por que não dizer, indevida – intervenção estatal na família. Nesse contexto, é imperioso perquirir onde termina a publicização e onde começa a constitucionalização das relações jurídicas familiares. Esse questionamento foi bem sistematizado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues: “o que faz do Direito de Família uma questão de ordem pública? E, do outro lado da mesma moeda, até onde são alçados os limites das autonomias individuais na seara familiar?”.⁷

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV. p. 180. Segundo o autor, “O ‘homem situado’ do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino” (p. 182).

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV. p. 184-186.

⁶ VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o direito de família*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 21.

⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 90-91.

Sendo a família, como já afirmado, *locus* de concreção da dignidade humana e de livre desenvolvimento da personalidade, verifica-se a grande relevância que assumem os direitos de liberdade, especialmente o poder de autodeterminação. Desse modo, partindo-se da premissa de que o sujeito é livre para governar a própria vida, desde que não provoque lesões a direitos de terceiros e se oriente segundo a ordem pública e a moral vigente, conclui-se que a autonomia é a regra e a intervenção ou restrição, a exceção. Preservando-se o conteúdo essencial da autonomia privada nas relações de família, conclui-se que a intervenção ou restrição da autonomia só se justifica para a proteção de sujeitos vulneráveis, a exemplo das crianças e adolescentes e dos relativamente incapazes.

Em outras palavras, o exame da proporcionalidade no direito das famílias é orientado pela ideia da função social dos direitos subjetivos. Isso porque, no Estado democrático, todo direito subjetivo “deve sua existência a uma ordem jurídica objetiva, que irá possibilitar e garantir a integridade de uma vida autônoma, mas em comum, fundada em uma ordem de coisas que tenham como vetor o mútuo respeito, a alteridade e a tolerância”.⁸

A Constituição de 1988, apesar de dedicar às famílias apenas um único artigo, “[...] reescreveu o Direito de Família no Brasil (e não só ele), retirando do Código Civil de 1916 e demais normas a centralidade do sistema”.⁹ Além do reconhecimento da pluralidade de entidades familiares e o restabelecimento da igualdade entre os filhos, a igualdade entre o homem e a mulher no exercício de direitos e deveres na condução da família foi consagrada.¹⁰

O art. 226 da Constituição Federal reconhece a família como base da sociedade, devotando-lhe especial proteção do Estado. Mas, para além disso, sua estruturação como cláusula geral¹¹ trouxe em seu bojo a permissão para uma nova compreensão da família, especialmente pela consagração da igualdade entre cônjuges e entre filhos, abrindo espaço, ainda, para o reconhecimento de variados arranjos familiares.

⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 93.

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 45.

¹⁰ Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto observa que o §5º do art. 226, que estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, levou também à modificação da nomenclatura do instituto do pátrio poder, que passou a se chamar, no Código Civil de 2002, de poder familiar (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 939).

¹¹ Adota-se aqui o entendimento de Engisch, para quem a cláusula geral é uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 229).

3 As famílias na Constituição Federal

As transformações sociais, construídas na segunda metade do século XX e reconstruídas nesse início do século XXI, provocaram uma mudança radical na composição familiar e também nas relações sociais. Como observa Hironaka, “[...] o conceito de família, qualquer que seja, deve estrita conta ao tempo, local e modo de sua apreensão”.¹²

Luiz Edson Fachin observa, ainda, que as disposições constitucionais atinentes à família permitem o seu deslocamento de um lugar de poder, para um lugar de cidadania, que privilegia o afeto, a liberdade e a igualdade:

A passagem do conceito de família-poder para a família-cidadã é também de um programa a se construir.

A compreensão do texto constitucional brasileiro vigente vai dando espaço para que a família, nessa concepção contemporânea do direito, se inclua como ente aberto e plural. É desse degrau de efetivação da cidadania que reclama a pluralidade constitucional da família, não exclusivamente matrimonializada, diárquica, eudemonista e igualitária.¹³

Desse modo, o conceito de família que se extrai do texto constitucional é aberto e plurívoco, assentado na dignidade humana e permissivo da busca da realização e da felicidade dos seus membros. Casamento e procriação deixam de ser condicionantes para se tornarem opções disponíveis ao exercício da liberdade, no âmbito das novas famílias democráticas e plurais.

O texto constitucional traz a família como base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado, nos termos do art. 226. Essa proteção especial, reconhecida desde a Constituição de 1934, teve seu eixo paulatinamente deslocado da família enquanto instituição para as pessoas humanas que a compõem. A proteção constitucional conferida à família não se dá pela família, mas em razão da pessoa humana, “sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem sob o pretexto de garantir proteção à família”.¹⁴

A proteção constitucional às famílias, embora se faça por meio de disposições que garantam proteção às crianças, aos idosos, à moradia etc. não prescinde da

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 53.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, Curitiba, ano II, n. 3, 2011. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 18 maio 2016.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 6. p. 47.

implementação de uma série de políticas públicas substantivas, que reconheçam os mais variados arranjos familiares e provejam serviços em favor das famílias, a exemplo da oferta de creches para as crianças na primeira infância, permitindo às mães trabalhar fora de casa, e de centros de atenção familiar, entre outros.¹⁵

Percebe-se, assim, que a proteção constitucional às famílias, na pessoa de seus membros, é materializada através da consagração de direitos e deveres que se lastreiam, essencialmente, na dignidade da pessoa humana.

Como leciona Miguel Reale, a pessoa humana não pode se realizar vivendo de acordo com um padrão ideal que não corresponda à sua essência: a realização pessoal passa pela própria subjetividade e individualidade humanas, “[...] na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence”.¹⁶ É por essa razão que o autor afirma ser a pessoa humana, em sua intersubjetividade, o valor-fonte de todos os valores.

A partir do momento em que a proteção constitucional se volta mais às pessoas que compõem os agrupamentos familiares do que à família enquanto instituição, fica claro que a dignidade é pilar de sustentação dessa proteção.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao tratar da dignidade, propõe o reconhecimento de alguns desdobramentos que compõem seu substrato material:

[...] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.¹⁷

A Constituição de 1988, ao proclamar expressamente a dignidade humana como fundamento da República e referi-la também no §7º do art. 226, consagrou a ligação inexorável existente entre família e dignidade humana. Portanto, afirma Rodrigo da Cunha Pereira, “o princípio da dignidade humana significa, para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares”.¹⁸

¹⁵ CARBONELL, Miguel. Familia, Constitución y derechos fundamentales. In: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (Coord.). *Panorama Internacional de Derecho de Familia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. t. I. p. 91-92.

¹⁶ REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121.

Nesse contexto, a tipologia constitucional da família põe fim a qualquer tipo de hierarquia ou discriminações que diferenciem as famílias e seus membros com base em critérios de legitimidade. No exercício da sua liberdade, que inclui o direito de se autodeterminar e realizar a própria dignidade, a pessoa humana tem o direito de participar de e/ou constituir uma família – que merecerá a mesma proteção que qualquer outra, ainda que de diferente configuração.

4 O direito fundamental de casar com quem se quer

Tomando-se por base a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a possibilidade de contrair casamento é a faculdade de exercer uma competência. A competência difere da simples permissão porque no exercício da competência existe uma alteração na situação jurídica do sujeito, o que não ocorre no simples exercício de um comportamento permitido.¹⁹ O exercício da competência relaciona-se, portanto, com o conceito de liberdade, pois, segundo o autor, “o não reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade – e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz”.²⁰

A despeito das outras formas de constituição de família reconhecidas pela Constituição Federal (união estável e família monoparental) e daquelas reconhecidas por interpretação extensiva, foi o casamento que recebeu o regramento mais extenso e cuidadoso do direito privado. É cediço que os direitos dos companheiros em muito se assemelham aos direitos do cônjuge, mas a união estável não é casamento nem pretende ser. O vínculo do matrimônio traz segurança jurídica, na medida em que os contraentes expressam sua vontade de modo inequívoco e em momento preciso, escolhem regime de bens e assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, sem que seja necessário o preenchimento de qualquer outro requisito.

Escolher se casar é, pois, exercício da liberdade individual e do poder de autodeterminação.²¹ O direito de se casar, reconhecido no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, compõe o feixe de direitos que expressam a

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 236-237.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 246.

²¹ Segundo María Martín Sánchez, a liberdade nupcial positiva engloba o direito em si mesmo, a opção de se casar, ressalvados os impedimentos legais, ao passo que a liberdade nupcial negativa engloba o direito a não se casar, o direito de permanecer solteiro sem que isso implique alguma consequência jurídica ou de qualquer outra índole. Cf. MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 119.

busca pela felicidade e a afirmação da dignidade humana. Mas além de escolher casar (ou não casar), a liberdade deve compreender também o direito de escolher com quem se casar.

A escolha do cônjuge é decisão personalíssima, livre exercício da subjetividade do indivíduo. A esse respeito, no contexto da interdição do casamento interracial nos Estados Unidos do século passado, escreveu Hannah Arendt:

O direito de casar com quem quiser é um direito humano elementar comparado ao qual “o direito de frequentar uma escola integrada, o direito de sentar onde lhe apraz num ônibus, o direito de entrar em qualquer hotel, área de recreação ou lugar de diversão, independentemente da pele, cor ou raça” são realmente secundários. Mesmo os direitos políticos, como o direito de votar, e quase todos os outros direitos enumerados na constituição, são secundários em relação aos direitos humanos inalienáveis “à vida, à liberdade e à busca da felicidade” proclamados na declaração da Independência; e a essa categoria pertence inquestionavelmente o direito ao lar e ao casamento.²²

Impedir, pois, o livre exercício do direito à escolha é restrição arbitrária da liberdade das pessoas, incompatível com a dignidade humana.

Ademais, do mesmo modo que não se justifica a proibição do casamento entre brancos e negros – que hodiernamente soa absurda – não se justifica a restrição ao casamento civil dos homossexuais. O desejo de constituir família intrínseco à vontade de contrair matrimônio não põe em situação de igualdade brancos e negros, heterossexuais e homossexuais? Qual seria o fator de discriminação a justificar o tratamento desigual senão a densidade da moral social (coletiva)?²³

Assim, se é possível mesmo falar em um direito fundamental à família, assegurado como espaço de busca da felicidade e concreção do fundamento da dignidade da pessoa humana, o acesso à família matrimonializada deve ser franqueado sem discriminação. Como afirma Ricardo Maurício Freire Soares, “a busca de uma vida digna expressa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, no exercício da liberdade de ser, de pensar e criar do ser humano”.²⁴

²² ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 271.

²³ Expressão utilizada por FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 45.

²⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma leitura pós-positivista. In: CUNHA JR., Dirley da Cunha; DANTAS, Miguel Calmon. *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 229.

4.1 Casamento igualitário

Embora a Constituição Federal permita o reconhecimento de uma multiplicidade de entidades familiares, o Código Civil brasileiro, cuja vigência se deu quase quinze anos após a promulgação do Texto Constitucional, manteve ainda um viés conservador na normatização do direito de família, priorizando exaustivo regramento do casamento. Ademais, tanto para o casamento quanto para a união estável foi ratificado o modelo de composição heteroafetiva.

Nesse mesmo período, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas começava a dar os primeiros passos em países da Europa: a Holanda legalizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo em 2001, a Bélgica em 2003 e a Espanha em 2005.

Em maio de 2011, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a união pública, contínua e duradoura entre pessoas do mesmo sexo deve ser considerada união estável, portanto, entidade familiar amparada pela proteção contida no art. 226 da Constituição Federal.²⁵ A partir daí, por silogismo, já que a própria Carta Constitucional dispõe que a lei deverá facilitar a conversão da união estável em casamento, começaram a surgir pedidos de conversão da união estável homoafetiva em casamento, tribunais do país afora.

A matéria foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução nº 175, impedindo a recusa de habilitação, de celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, também chamado de casamento igualitário.

Entretanto, embora os casais homoafetivos atualmente possam se casar civilmente, esse direito não foi concedido pela via legislativa. Temendo a possibilidade de retrocesso que se avizinha em face da atuação da bancada mais conservadora do Congresso Nacional, o movimento LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros) luta pela aprovação do Projeto de Lei nº 5120/2013, que altera a redação do Código Civil para permitir o casamento entre duas pessoas, e não apenas entre um homem e uma mulher.²⁶

Desse modo, apesar da apreciação pelo Poder Judiciário, enquanto a matéria não for efetivamente debatida e decidida pelo Poder Legislativo, o assunto merece o interesse da academia.

²⁵ STF. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011.

²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.120/2013*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>. Acesso em: 2 jun. 2015. Outros projetos como o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 470/2013 e o PLS nº 134/2018, que visam ao estabelecimento, respectivamente, do Estatuto das Famílias e o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, incluem também a pauta do casamento igualitário.

4.1.1 A opção semântica

Durante muito tempo, a homossexualidade foi tratada como distúrbio sexual, merecendo até mesmo um código na Classificação Internacional de Doenças (CID). Na condição de doença, era referida como *homossexualismo*. Com a retirada desta orientação sexual da Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1990, o termo *homossexualismo* foi substituído por *homossexualidade*,²⁷ uma vez que o sufixo “ismo”, entre outras significações,²⁸ denota as patologias (botulismo, reumatismo, alcoolismo etc.), ao passo que o sufixo “dade” é formador de substantivos abstratos a partir de adjetivos (a exemplo de atualidade, honestidade, fraternidade).

No Brasil, depois que as questões envolvendo relações homossexuais chegaram ao Poder Judiciário e surgiu a necessidade de reconsiderar as normas incidentes em tais relações (da esfera cível para a familiarista), uma nova expressão foi cunhada pela desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias: *homoafetividade*. A expressão não se destina a referir a orientação sexual do indivíduo, mas o exercício dessa sexualidade no bojo de uma relação afetiva e duradoura:

A orientação que alguém imprime na esfera da sua vida privada não admite restrições. Desimporta a identificação do sexo do par, se igual ou diferente, para se emprestem efeitos jurídicos aos vínculos afetivos, no âmbito do Direito das Famílias. [...] O exercício da sexualidade, a prática da conjunção carnal ou a identidade sexual não é o que distingue os vínculos afetivos. A identidade ou diversidade do sexo do par gera espécies diversas de relacionamento. Assim, melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais.²⁹

O neologismo foi abraçado pela doutrina e pela jurisprudência. Quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, a expressão foi consagrada no acórdão da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto.

²⁷ ABGLT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Manual de Comunicação LGBT*. 2010. p. 11. Disponível em: <http://www.unaids.org.br/biblioteca/Manual%20de%20Comunica%E7%E3o%20LGBT.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2015.

²⁸ Além de doenças, o sufixo “ismo” é empregado para sistemas políticos (capitalismo, comunismo, totalitarismo), religiões (cristianismo, judaísmo, islamismo), esportes (atletismo, hipismo) e ideologias (marxismo, feminismo, anarquismo). Como se vê, em nenhuma das categorias se encaixa a orientação sexual.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Família homoafetiva*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-fam%EDlia_homoafetiva.pdf. Acesso em: 2 jun. 2015.

Atualmente, na esteira da terminologia utilizada na Argentina, cujo parlamento aprovou em julho de 2010 uma lei que autoriza o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o movimento LGBT utiliza a expressão “casamento igualitário” na campanha pela legalização do casamento civil entre pares homoafetivos. A razão para a utilização dessa expressão pode ser extraída da justificativa do Projeto de Lei nº 5.120/2013.

Para os autores do referido projeto, a vedação ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo viola o direito fundamental à igualdade, tal como já ocorreu antes na história com relação à interdição do direito de voto às mulheres e à segregação de brancos e negros. Sustentam os parlamentares Jean Wyllys e Érika Kokay que, assim como hodiernamente não se refere mais a voto *feminino* ou a casamento *inter-racial*, “chegará o dia em que não haja mais ‘casamento homossexual’, porque a distinção resulte tão irrelevante como resultam hoje as anteriores e o preconceito que explicava a oposição semântica tenha sido superado”.³⁰

A expressão “casamento igualitário”, portanto, se pretende afirmativa não de um direito especial ou distinto aos homossexuais, mas da titularidade do mesmo direito ao casamento civil das pessoas de orientação heterossexual.³¹ Diante da razoabilidade dos argumentos, esta é a terminologia utilizada no presente trabalho.

4.1.2 A necessidade da argumentação racional na restrição de direitos

Ao abarcar expressamente novos modelos de entidades familiares, a saber, a família constituída a partir da união estável e a família monoparental, a Constituição promoveu importante transição paradigmática no campo do direito das famílias, uma vez que não estabeleceu hierarquia ou preferência entre elas.

Na esteira das transformações sociais dos últimos cinquenta anos, vislumbra-se uma mudança radical na composição e organização dessas entidades familiares, que se arranjam (e desarranjam) ao sabor dos novos tempos e da busca da felicidade a todos permitida.

Assim, pode-se afirmar que o paradigma da família exclusivamente matrimonial se encontra superado, entretanto, em que pese a pluralidade de entidades familiares existentes na sociedade contemporânea, não se pode negar que a família matrimonial ocupa, ainda, posição de destaque. As Estatísticas do Registro

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.120/2013*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>. Acesso em: 2 jun. 2015.

³¹ “Os mesmos direitos com os mesmos nomes” é um dos *slogans* da campanha pela aprovação do projeto de lei.

Civil relativas ao ano de 2017 do IBGE, por exemplo, apresentam uma taxa de nupcialidade de 6,6% na população acima de 15 anos, embora a idade média dos nubentes varie de 28 a 34 anos.³² Ou seja, fosse feito o recorte etário, a taxa de nupcialidade atingiria percentuais significativamente maiores.

Embora seja fácil subsumir ao texto constitucional diferentes arranjos familiares, como uniões consensuais de parceiros separados ou divorciados, com ou sem filhos de outros casamentos; mães ou pais sozinhos com filhos de filiação híbrida; irmãos sozinhos; avós com os netos etc., o mesmo não se pode dizer das famílias formadas por pares homoafetivos.

Em que pese não se ignorar que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade pulsante, a partir da movimentação do Poder Judiciário nesse sentido, no direito positivo brasileiro, tanto o casamento como a união estável exigem a diversidade de sexos como requisito de existência e esse é também um dado que não pode ser ignorado.

Por essa razão, é preciso repisar que a interdição legal do casamento homoafetivo restringe os direitos fundamentais de constituição de família, de autodeterminação sexual e de proteção à vida privada do indivíduo. Restrição desse jaez impõe ao legislador um ônus argumentativo, que deve demonstrar que a medida restritiva é necessária, adequada e proporcional.

A argumentação racional em favor da restrição de direitos deve necessariamente se basear em razões objetivas.³³ Como adverte Amartya Sen, “mesmo as pessoas bastante dogmáticas tendem a ter algum tipo de razão, possivelmente muito crua, em apoio a seus dogmas”,³⁴ ou seja, a razão, por si só, não exclui os preconceitos e a intolerância, pois estas se baseiam também em uma argumentação racional (primitiva e falha). Cabe, assim, à própria racionalidade passar de uma argumentação ruim a uma boa argumentação. A questão central, nesse caso, é submeter as opiniões prevalecentes e as razões alegadas a um exame crítico e de proporcionalidade.

Assim, há que se fazer um sopesamento entre o direito fundamental à constituição de família e à autodeterminação sexual e as razões que embasam a norma que disciplina ser o casamento um vínculo jurídico entre um homem e uma mulher.

³² IBGE. *Estatísticas do Registro Civil*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-8, 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.

³³ A razão, em seu sentido objetivo, segundo Comparato, tem o duplo sentido de fundamento (razão de ser) de algo, ou de argumento ou justificativa de uma decisão (COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. rev. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 469).

³⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 15.

O Projeto de Lei nº 6.583/2013, que visa a instituir o Estatuto da Família,³⁵ prescreve logo em seu segundo artigo que se define entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher. A proposição pretende, assim – em descompasso com o que vem sendo decidido pelos tribunais –, restringir o direito à formação de família dos pares homoafetivos. A justificativa do projeto de lei diz apenas que “Uma família equilibrada, de autoestima valorizada e assistida pelo Estado é sinônimo de uma sociedade mais fraterna e também mais feliz”, sem apresentar, porém, razões para o caráter excludente do conceito.

O primeiro argumento dos favoráveis à legitimidade da restrição do direito de casar aos pares homossexuais reside, supostamente, no texto constitucional. Segundo Ives Gandra Martins, cujas ideias serão tomadas como *topoi* argumentativos, as entidades familiares formadas por par heterossexual representam a vontade do constituinte originário, fato que, por si só, garante a constitucionalidade da interdição. Demais disso, segundo o autor, a restrição do casamento (e união estável) aos homossexuais não ofende a dignidade humana, a igualdade de cidadania, a segurança jurídica e a liberdade.³⁶

Cumpra, inicialmente, analisar o primeiro argumento. De fato, o constituinte originário fez constar expressamente no art. 226 que a união estável³⁷ é vínculo jurídico estabelecido entre um homem e uma mulher e, decerto, a Constituição não traz palavras inúteis.³⁸ Entretanto, o princípio da unidade é princípio interpretativo que prescreve que a Constituição é um todo unitário e sistemático, de modo que as suas normas devem ser interpretadas preservando-se sua harmonia. Nesse sentido, inclusive, decidiu o STF quando admitiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo.³⁹

Ainda que assim não fosse, seria possível ventilar que o §3º do art. 226 é uma norma constitucional inconstitucional, conforme formulação de Otto Bachof, cujas palavras vale reproduzir:

³⁵ Este projeto de lei visa a instituir o Estatuto da Família, no singular, diferentemente do PL nº 5.120/2013, que se intitula Estatuto das Famílias, no plural (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.583/2013*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>. Acesso em: 31 maio 2019).

³⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família é aquela que perpetua sociedade. *Revista Consultor Jurídico*, 12 maio 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 31 maio 2016.

³⁷ O requisito da heterossexualidade no casamento é fixado pelo Código Civil e não pela Constituição.

³⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 733.

³⁹ Trecho da ementa da ADPF nº 132 dispõe: “Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas”.

[...] caberá examinar primeiro a tese segundo a qual um preceito do documento constitucional pode ser inconstitucional e carecer, por isso, de obrigatoriedade jurídica em virtude de uma contradição com um preceito de grau superior do mesmo documento constitucional.

No facto de o legislador constituinte se decidir por uma determinada regulamentação tem de ver-se a declaração autêntica, ou de que ele considera essa regulamentação como estando em concordância com os princípios *basilares* da Constituição, ou de que, em desvio a estes princípios, a admitiu conscientemente como exceção aos mesmos. É certo que o legislador constituinte não pode, ao admitir tais exceções, infringir simultaneamente uma norma de direito supralegal, em especial a proibição do arbítrio imanente a qualquer ordem jurídica! Se o fizer, a norma excepcional será, sem dúvida, não vinculativa – não, porém, em virtude da contradição com o princípio, mas antes em virtude do carácter arbitrário da exceção.⁴⁰

Bachof defende que o texto constitucional poderá apresentar contradições, quando a contradição constitua uma legítima exceção à regra principal. Essa legitimidade, no entanto, existirá na medida em que a restrição não seja arbitrária, ou, por que não dizer, desproporcional.

No que tange ao segundo argumento em favor da heteronormatividade⁴¹ do casamento, a construção, em verdade, deveria ser em sentido contrário. É o casamento entre pessoas do mesmo sexo que não se mostra capaz de atingir direitos de terceiros, estando no âmbito do exercício do direito à autodeterminação sexual e da livre constituição de família.

Nessa linha de compreensão, destaque-se o posicionamento do Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADPF nº 132, para quem uma entidade familiar constituída por par homoafetivo “por si só, não tem o condão de lesar a ninguém, pelo que não se justifica qualquer restrição ou, como é ainda pior, a limitação velada, disfarçada de indiferença”.⁴²

No mesmo sentido, María Martín Sánchez observa que o direito de se casar não pertence a nenhuma categoria especial de direitos que exijam o preenchimento de algum requisito específico; ao contrário, faz parte da categoria de direitos pessoais relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade. Assim, “só em

⁴⁰ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Edições Almedina, 2008. p. 55-57.

⁴¹ Entende-se aqui por heteronormatividade a perspectiva que marginaliza os relacionamentos sexuais e afetivos que não se deem entre um homem e uma mulher cisgêneros.

⁴² STF. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011.

face de um benefício constitucional maior, capaz de superar o juízo de proporcionalidade, se poderia restringir esse direito a determinado grupo de pessoas”,⁴³ quais sejam, as heterossexuais.

Na construção de Ives Gandra, a restrição ao direito de casar (ou mesmo de se unir em união estável) aos pares homoafetivos não viola a dignidade humana porque a esses pares é facultado “celebrar um contrato à luz do Direito Civil com previsão de obrigações e direitos mútuos, inclusive as de natureza patrimonial”.⁴⁴

De fato, a qualquer pessoa maior e capaz é dado o direito de celebrar contratos com qualquer conteúdo lícito. Ocorre que tais contratos não têm o condão de conferir *status* de família aos contratantes e, por consectário, não pode lhes outorgar a proteção constitucional que é conferida às famílias, nem produzir efeitos na esfera sucessória e previdenciária, por exemplo. Ademais, os direitos conexos ao direito fundamental à família são direitos referentes ao livre desenvolvimento da personalidade e não apenas direitos de conteúdo patrimonial.

A dignidade, além de valor-fonte do sistema jurídico, é característica inerente à condição humana, sem a qual não se alcança a plenitude como pessoa.⁴⁵ Sociedade de fato não é família e sócio não é cônjuge. São vínculos jurídicos de natureza completamente diversa e, portanto, com proteção distinta. Assim, a restrição injustificada ao direito de livremente constituir família fere a dignidade. A ordem jurídica não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato.⁴⁶

Prosseguindo em sua argumentação, Ives Gandra defende inexistir também violação ao direito de liberdade, já que os pares homoafetivos “poderão contrair obrigações e deveres, viver juntos, participar socialmente de qualquer reunião, cursar qualquer universidade ou ter qualquer emprego”.⁴⁷

O autor tem razão ao afirmar que todos esses direitos são franqueados aos pares homoafetivos, independentemente de serem casados ou não. Com efeito, todas as condutas descritas por ele – e outras que poderiam ser enumeradas – pertencem à esfera da liberdade do indivíduo, entretanto, não abrangem toda a esfera de liberdade do indivíduo. Não garantem o poder de autodeterminação na constituição de família, em claro cerceamento à liberdade.

⁴³ MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 127, tradução livre.

⁴⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família é aquela que perpetua sociedade. *Revista Consultor Jurídico*, 12 maio 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 31 maio 2016.

⁴⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 106.

⁴⁶ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 38.

⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família é aquela que perpetua sociedade. *Revista Consultor Jurídico*, 12 maio 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 31 maio 2016.

O último argumento, ao qual Ives Gandra dedica boa parte de seu texto e que é bastante reverberado pelo senso comum, é o de que não há qualquer violação à isonomia na interdição do casamento aos homossexuais, porque há “nítida diferença biológica [...] que impede a equiparação”.⁴⁸ A diferença biológica, que, para o autor, repercute juridicamente, é a impossibilidade de gerar prole. Diferença essa que é apta a validar o *discrímen*.

Ora, ao reconhecer a família como base da sociedade e conferir especial proteção do Estado, a Constituição Federal não fez qualquer menção à necessidade de prole para a configuração da entidade familiar. Ao contrário, consignou que o planejamento familiar é livre decisão do casal, o que, naturalmente, inclui o direito de não ter filhos. Partir do pressuposto de que a impossibilidade de gerar prole é distinção que justifica o tratamento desigual implica necessariamente a mesma negativa de natureza de família aos casais inférteis. Além disso, esse *topos* ignora dois fatores de extrema relevância ao contexto que são as técnicas de reprodução assistida e as milhares de crianças à espera de adoção.⁴⁹

Cercear a alguém o direito de constituir família é restrição de seu poder de autodeterminação, logo, de sua liberdade. O sopesamento não logrou demonstrar, ainda, tratar-se de restrição legítima, uma vez que sequer é possível identificar qual o interesse em conflito que pesa em favor da restrição ao direito ao casamento igualitário.

4.2 (Alguns) impedimentos matrimoniais

Para além da questão relativa à homogeneidade de gênero dos nubentes, o art. 1.521 do Código Civil prescreve cinco tipos de impedimentos ao casamento, dos quais três decorrem do parentesco. São eles: parentesco em linha reta, parentesco em linha colateral, parentesco por afinidade, pessoas casadas e cônjuge sobrevivente e o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Inobstante sejam todas situações moralmente reprováveis, cumpre analisar, à luz do Texto Constitucional, se a interferência do direito em algumas delas é justificável e proporcional.

Para os fins deste trabalho, serão analisados apenas os impedimentos decorrentes da monogamia e do parentesco, em situações nas quais, em princípio, não há abuso e/ou vulnerabilidade de uma das partes. Por essa razão, não serão

⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família é aquela que perpetua sociedade. *Revista Consultor Jurídico*, 12 maio 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 31 maio 2016.

⁴⁹ Segundo dados do CNJ, existem 8,7 mil crianças à espera de adoção. Data-base: maio/2018.

enfrentadas relações havidas entre parentes em linha reta, pelo vínculo biológico ou socioafetivo, a exemplo de pais/filhos e avós/netos. Entende-se que tais relações, marcadas pela assimetria ou hierarquização entre os envolvidos, não se desenvolvem como livre exercício de autonomia, ao revés, são reveladoras de situações de abuso e submissão.^{50 51}

4.2.1 Irmãos biológicos ou adotivos

O art. 1.521 do Código Civil estabelece nos incs. IV e V a interdição do casamento aos irmãos, unilaterais ou bilaterais, e do adotado com o filho do adotante. A opção por se referir expressamente ao vínculo civil demonstra que a proibição não se funda exclusivamente na questão biológica, mas também em valores morais.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias, num primeiro momento:

A proibição do incesto é justificável normativamente. Trata-se, pois, de uma norma-regra compatível com os valores constitucionais e com as diretrizes gerais do sistema de proteção do Direito das Famílias. Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de relacionamentos entre parentes. Depois, por força da densidade da moral social (coletiva), também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco.⁵²

Ocorre que, em determinadas situações, o impedimento matrimonial, estabelecido a pretexto de se proteger a família, pode se converter em indevida restrição que sacrifica a própria família.

Explica-se. O impedimento matrimonial abrange, como dito, os vínculos biológicos e civis, e o casamento celebrado com violação de impedimento é nulo de pleno direito. Demais disso, à exceção das pessoas casadas, mas separadas de fato, aqueles que não podem casar não podem também constituir união estável.

⁵⁰ Entre tantos exemplos que são noticiados, destaque-se para fins ilustrativos o caso da austríaca Elisabeth Fritzl, que foi mantida em cárcere privado, sendo abusada pelo pai por mais de 20 anos.

⁵¹ Segundo informações de 2018 do Sistema de Vigilância de Violências e Acidentes (VIVA/SVS/MS), do Ministério da Saúde, 68% dos abusos sexuais são intrafamiliares (CUBAS, Marina Gama; AMÂNCIO, Thiago. 42% das crianças e adolescentes que sofrem abuso sexual são vítimas recorrentes. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 30 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/42-das-criancas-e-adolescentes-que-sofrem-abuso-sexual-sao-vitimas-recorrentes.shtml>. Acesso em: 22 jul. 2020).

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 45.

Desse modo, é possível imaginar, por exemplo, que irmãos biológicos que tenham sido criados por famílias diferentes se conheçam na vida adulta e entabulem relacionamento amoroso desconhecendo (ou não) o seu parentesco. Caso prossigam nesse relacionamento e venham mesmo a constituir prole, a lei lhes impedirá de serem reconhecidos como entidade familiar, visto que não podem casar, tampouco constituir união estável. Ou seja, o núcleo composto de pai, mãe e filhos não terá a especial proteção constitucional conferida à família, em face do vínculo biológico existente entre o casal. Este par, então, não será beneficiado, especialmente, pelos efeitos previdenciários e sucessórios dessa união, além de quaisquer outros relativos à proteção da família, enquanto base da sociedade.

Situação como a descrita ocorreu na Alemanha e adquiriu repercussão mundial, com o agravante de, que nesse país, o incesto é crime. Trata-se do caso *Stübing v. Germany*, que chegou até a Corte Europeia de Direitos Humanos.⁵³

Patrick Stübing nasceu em 1976 e aos três anos foi levado a um orfanato, de onde saiu aos sete, após ser adotado. Ele permaneceu sem nenhum contato com a família biológica até o ano de 2000, quando conheceu a mãe e a irmã Susan, então com 16 anos. Pouco tempo depois, a mãe biológica de Patrick e Susan faleceu e o relacionamento entre ambos se intensificou e os dois se apaixonaram. Passaram a viver juntos e tiveram quatro filhos.

Como na Alemanha as relações sexuais incestuosas constituem conduta criminosa, Patrick foi preso e os três filhos mais velhos do casal foram colocados sob a tutela do Estado. Quanto a Susan, o tribunal local levou em consideração o laudo psicológico e concluiu que a sua personalidade dependente, agravada pela morte da mãe, e dificuldades cognitivas tornavam-na parcialmente inimputável e ela não foi sentenciada.

Em 2007, Stübing ingressou com uma reclamação constitucional, alegando que a decisão violava o seu direito à autodeterminação sexual, além de ser discriminatória e desproporcional. Demais disso, interferia no seu direito à convivência familiar, já que ele fora separado de Susan e dos filhos. A reclamação foi julgada improcedente por sete votos a um.

A decisão considerou que, de fato, a legislação penal restringia o direito à autodeterminação sexual, ao proibir a relação sexual entre irmãos. Entretanto, o Tribunal Constitucional entendeu que tal restrição não viola o núcleo essencial do direito à vida privada e, na medida em que proíbe apenas um pequeno feixe de comportamentos sexuais, não é capaz de atingir a dignidade humana. Ainda

⁵³ A descrição completa do caso que passa a ser apresentada está disponível no acórdão da CEDH (UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Stübing vs. Germany*, n. 43547/08. 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-2153>. Acesso em: 30 maio 2016).

segundo a Corte, o relacionamento sexual entre irmãos pode afetar a família e a sociedade e trazer consequências para as crianças advindas da relação.

Considerou-se também que o legislador perseguiu objetivos que não eram incompatíveis com a Lei Fundamental e que, portanto, a restrição à autodeterminação sexual era legítima. As relações incestuosas, na opinião dos julgadores, trazem prejuízos à família, ao casamento e à sociedade como um todo; as crianças de uma relação incestuosa podem ter dificuldades de se adequar à estrutura familiar e de confiar nos seus guardiães. Em suma, segundo os magistrados, o incesto pode abalar fortemente as estruturas da família.

A voz dissonante neste julgamento foi a do Ministro Winfried Hassemer. Além de considerar a pena desproporcional, o magistrado entendeu que questões de eugenia não podem servir de sustentáculo para imputações criminais. Ademais, segundo ele, não se sustentaria o argumento de proteção à família, haja vista que a conduta criminalizada era tão somente o ato sexual. Outros atos libidinosos e relações sexuais entre parentes não consanguíneos não são tipificados, de modo que, antes de se buscar proteger o casamento e a família, a norma parece ser impelida apenas por juízos morais. Complementa, ainda, o ministro que não pode ser a proteção à família a *ratio legis*, pois o crime alcança, inclusive, condutas já não mais nocivas, por exemplo, a filhos adultos que estejam já cuidando das próprias vidas. Por fim, aduziu o magistrado que havia outras medidas disponíveis que poderiam proteger a família de modo similar ou até mais eficaz, tais como medidas de apoio à juventude e as medidas tomadas pelos tribunais de família.

O recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos não alterou a decisão do Tribunal Constitucional alemão. A Corte levou em consideração a ausência de consenso entre os Estados-Membros acerca da criminalização das relações incestuosas consensuais entre irmãos adultos. Vinte e quatro dos quarenta e quatro Estados consultados preveem a responsabilização penal e, mesmo nos países que não a preveem, o casamento entre irmãos é proibido, o que denota uma percepção de que as relações amorosas entre irmãos não são aceitas nem pelos ordenamentos, nem pela sociedade como um todo. Por outro lado, não se verificou uma tendência empírica no sentido de descriminalizar essas condutas. A Corte Europeia de Direitos Humanos considerou, ainda, que se trata de situação que se encontra no âmbito das exigências da moral, mas que se inclui na ampla margem de apreciação das autoridades nacionais,⁵⁴ inobstante o fato de se referir

⁵⁴ A doutrina da margem de apreciação é uma técnica jurídica presente no âmbito do direito internacional, especialmente na Corte Europeia de Direitos Humanos, que permite aos Estados participantes aplicar o direito nacional em determinados casos. A teoria é uma construção jurisprudencial e se baseia na subsidiariedade da atuação dos tribunais internacionais e no fato de que “em âmbitos sensíveis como o da moralidade e o da religião não há consenso entre os Estados”. A ela se dirigem algumas críticas, principalmente porque o reconhecimento de que a atuação do Estado se deu dentro da margem nacional

a aspectos extremamente íntimos da vida do indivíduo. Assim, concluiu que os tribunais locais ficaram dentro do seu âmbito de apreciação, quando da condenação de Stübing por incesto.

A proibição da família incestuosa se fundamenta, portanto, em dois critérios: um biológico, outro moral. O critério biológico leva em consideração a probabilidade de má formação da prole, por incompatibilidade genética. Militam contra este critério alguns argumentos, quais sejam: i) as pessoas não se unem em matrimônio necessariamente para procriar e, caso assim queiram, podem optar por filhos adotivos ou fertilização heteróloga; ii) pessoas com idade avançada ou outras patologias também apresentam maior risco de má formação da prole e nem por isso são impedidas de casar ou mesmo de procriar; iii) impedir a formação de família com base em probabilidade de má-formação da prole seria indesejada hipótese de eugenia.

O segundo critério que fundamenta a restrição é de índole eminentemente moral. Em diversas culturas, em diversos períodos da história, o incesto é merecedor de reprovação social, malgrado a endogamia tenha servido em diversos momentos como forma de manutenção de patrimônio e poder dentro do mesmo grupo familiar.⁵⁵ A questão é se esse julgamento moral deve ser assumido pelo direito.

O professor americano Jonathan Haidt desenvolveu um experimento buscando demonstrar que o julgamento moral precede a argumentação racional. Em seu experimento, ele apresenta situações projetadas para evocar fortes respostas morais sobre o que é certo ou errado, mas que são difíceis de justificar racionalmente. Os resultados apontam o peso que as emoções e intuições exercem na tomada de decisão moral.

Uma das situações apresentadas por Haidt em seu experimento descreve justamente um incesto entre irmãos. As circunstâncias foram pensadas para refutar imediatamente os principais argumentos que condenam o fato:

Julie e Mark são irmãos. Eles estão viajando juntos pela França, durante as férias de verão da faculdade. Uma noite eles estão sozinhos

de apreciação é casuístico e impreciso, o que “pode representar um risco de fragilização do direito internacional dos direitos humanos, caso seu uso torne-se indiscriminado” (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Moraes. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, v. 15, p. 195-238, dic. 2015. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 16 jun. 2016).

⁵⁵ Lévi-Strauss informa que: “O caso do Egito antigo é mais perturbador, porque descobertas recentes sugerem que os casamentos consanguíneos - particularmente entre irmã e irmão - representaram talvez um costume espalhado entre os pequenos funcionários e artesãos, e não limitado, conforme se acreditava outrora, à casta reinante e às mais tardias dinastias” (LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 48).

em uma cabana à beira da praia. Eles decidem que seria interessante e divertido se eles tentassem ter uma relação sexual. No mínimo seria uma experiência nova para cada um deles. Julie já tomava anti-concepcional mas Mark usa preservativo também, por segurança. Os dois gostam da experiência mas decidem não repeti-la. Eles mantêm essa noite como um segredo especial que os faz se sentirem ainda mais próximos. O que você acha disso? É tranquilo que eles tenham se relacionado sexualmente?⁵⁶

De acordo com Haidt, a reação imediata mais comum é as pessoas responderem que isso é errado, depois elas começam a apresentar razões. As razões mais comuns, segundo ele, envolvem anomalias genéticas ou um possível prejuízo no relacionamento de Julie e Mark. Mas, na história apresentada, o contexto invalida esses argumentos já que eles se preveniram de uma possível gravidez e o segredo fez com que eles ficassem ainda mais próximos.

Num primeiro momento, o que se percebe é que as pessoas desconsideram certos fatos da história apresentada. Mas, mesmo quando estes fatos são lembrados, e os interlocutores não conseguem mais apresentar argumentos racionais que justifiquem a sua opinião, ainda assim, não mudam o julgamento inicial.⁵⁷ Haidt aduz que esse estado cognitivo indica que as pessoas têm crenças e certezas que independem das justificativas que elas dão ou, em outras palavras, saber que algo é errado e por que é errado são processos completamente distintos.

Essa posição polarizada, na qual apenas se apreende que o certo é certo e o errado é errado é compreensível dentro de uma perspectiva histórica que demonstra, ainda, a predominância arquetípica patriarcal no *self* cultural.⁵⁸

O arquétipo patriarcal, tão presente na consciência coletiva, é o arquétipo da organização, que facilmente estrutura sistemas e estabelece relações de hierarquia e oposição, mas que pode desenvolver uma sombra com enorme capacidade de repressão. Essa sombra, afirma Carlos Byington, “falsifica o pensamento, distorcendo-o e ocultando seu erro com todos os recursos da inteligência”.⁵⁹ Assim, o

⁵⁶ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814-834, out. 2001. Tradução nossa.

⁵⁷ Haidt denomina essa situação de perplexidade moral: a pessoa tem uma certeza de algo, mas não consegue encontrar razões para justificar a sua crença.

⁵⁸ BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *A psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação*. São Paulo: Linear B, 2008. p. 270.

⁵⁹ BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicopatologia simbólico-arquetípica*. Disponível em http://www.carlosbyington.com.br/site/wp-content/themes/drcarlosbyington/PDF/pt/psicopatologia_%20simbolico_arquetipica.pdf. Acesso em: 13 jan. 2018.

distúrbio patriarcal provoca disfunções do pensamento, que promovem, por exemplo, “a intolerância sistêmica das ideologias preconceituosas”.⁶⁰

Ora, se situações há em que não é possível argumentar racionalmente em favor de uma restrição a um direito fundamental, é imperioso concluir que essa restrição não é razoável. Vale lembrar Hesse, quando diz que “só se admitem restrições quando se revestem do interesse do bem comum, isto é, quando se podem justificar com considerações objetivas e razoáveis do bem comum e se compadecem também do princípio de proporcionalidade (em sentido amplo)”.⁶¹ Ou seja, a restrição a um direito fundamental tem que ser adequada à obtenção do objetivo público perseguido.

Inobstante se tratar de tema tabu e que causa desconforto, Lévi-Strauss (assim como Freud) acredita que é mais presente na realidade fática do que se imagina:

Mas não há nada mais duvidoso que esta suposta repugnância instintiva. Porque o incesto, embora proibido pela lei e pelos costumes, existe, sendo mesmo, sem dúvida, muito mais frequente do que levaria a supor a convenção coletiva de silêncio. Explicar a universalidade teórica da regra pela universalidade do sentimento ou da tendência é abrir um novo problema, porque o fato admitido como universal não é tal de modo algum.⁶²

Desse modo, tratando-se de irmãos maiores e capazes, com relacionamento desenvolvido em contexto não abusivo e incapaz de gerar prejuízos a terceiros, é de se concluir que não há interesse jurídico tutelável que faça a balança do sopesamento ser desfavorável à autonomia privada dos envolvidos.⁶³

⁶⁰ BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicopatologia simbólico-arquetípica*. Disponível em http://www.carlosbyington.com.br/site/wp-content/themes/drcarlosbyington/PDF/pt/psicopatologia_%20simbolico_arquetipica.pdf. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁶¹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 51.

⁶² LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 55.

⁶³ Cristiano Chaves de Farias admite que, em situações excepcionais, como nas hipóteses em que os irmãos desconhecem o vínculo biológico, por exemplo, existe uma derrotabilidade da norma-regra que impede o casamento. Mas essa derrotabilidade só se verifica nos *extreme cases* e não apenas pelo sopesamento entre a autonomia privada dos indivíduos e a inexistência de lesão a direitos de terceiros (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 49).

4.2.2 Afins em linha reta

O parentesco por afinidade na linha reta não se extingue mesmo com a dissolução do vínculo conjugal ou da união estável. Desse modo, a regra que impede o casamento dos parentes afins em linha reta produz efeitos *ad eternum*. Isso significa que mesmo que uma pessoa se case, por exemplo, cinco vezes, manterá os vínculos de afinidade com os parentes de todos os cônjuges antecedentes.

A interdição de casamento dos parentes afins em linha reta é de cunho essencialmente moral. Busca-se evitar a desconstituição de um lar e uma ruptura familiar decorrente de fatores endógenos. Ocorre que a generalidade e a eficácia temporal da proibição pode conduzir a situações em que o impedimento seja apenas restrição arbitrária da autonomia privada. Para ilustrar o quanto exposto, tome-se o seguinte exemplo, que não se trata de situação hipotética.

Em 1999, o comerciante Cláudio Alves Francisco, de 31 anos, se casou com sua ex-sogra, Benedita Barbosa Machado, de 70 anos. A celebração foi apenas religiosa e precisou ser autorizada por Dom Nelson Westrupp, bispo da Diocese de São José dos Campos, São Paulo. Francisco havia ficado viúvo de Nilcéia, filha de Benedita, três anos antes, e continuou morando no fundo da casa da sogra, também viúva. Depois disso, genro e sogra se ajudaram na superação do trauma e passaram a namorar. A união teve o aval da maioria dos filhos dela.⁶⁴

Conforme se vê, no exemplo acima, não houve dano a qualquer bem jurídico que se pretendesse tutelar através do impedimento matrimonial. As partes envolvidas, maiores e capazes, no exercício do seu direito à livre constituição de família e à autodeterminação sexual, resolveram se unir em matrimônio e constituir nova entidade familiar. A despeito do casamento religioso havido, em face do impedimento matrimonial, não podem ser reconhecidos juridicamente como família. Em situações que tais, que não são raras,⁶⁵ a moral do legislador se sobrepõe à autonomia privada, restringindo indevidamente direito fundamental e atingindo a esfera da dignidade dos indivíduos.

O que se observa é que a restrição ao direito de casar, nessas hipóteses, impede a formação do vínculo jurídico e limita a proteção constitucional a esses agrupamentos, mas é incapaz de obstar que as relações afetivas se estabeleçam no mundo dos fatos. Impõe-se reconhecer, destarte, a ineficácia da restrição na

⁶⁴ Conforme informações de BARBOSA, Maurício. Sogra, 71, casa com genro, 31, em SP. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 jan. 1999. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff14019906.htm>; e GENRO e ex-sogra casam amanhã em Jacareí. *Diário do Grande ABC*, 14 jan. 1999. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/201705/genro-e-ex-sogra-casam-amanha-em-jacarei>. Acesso em: 2 jun. 2016.

⁶⁵ Exemplificativamente, pode-se ainda mencionar, pela notoriedade do caso, o casamento do cineasta Woody Allen com a sua ex-enteada Soon Yi Previn, filha de sua ex-companheira Mia Farrow.

tutela da família, bem como a sua natureza de indevida intervenção estatal no poder de autodeterminação dos sujeitos.

4.2.3 O imperativo da monogamia

A proibição de que pessoas casadas contraiam novo casamento, contida no art. 1.521, VI do Código Civil, consagra o sistema monogâmico do direito das famílias brasileiro. Equivocadamente denominada de princípio, a monogamia é opção do legislador brasileiro e da absoluta maioria dos países ocidentais,⁶⁶ consagrada na norma proibitiva suprarreferida.

O direito canônico foi fundamental para o desenvolvimento da predominante concepção de família e de conjugalidade monogâmica. A Igreja católica foi a primeira instituição a fazer do casamento um ato solene e regulou-o de forma tão detalhada que mesmo o movimento de secularização pós-Revolução Francesa não foi capaz de apagar tamanha influência.⁶⁷

Rodrigo da Cunha Pereira defende que a opção do legislador pelo sistema monogâmico não é uma escolha por valores morais ou moralizante, mas uma questão de organização jurídica da família, um mecanismo de se barrar o que ele chama de excessos. Segundo o autor, a contenção desses e de outros excessos é que viabiliza a civilização.⁶⁸ Malgrado diversos autores entendam ser a monogamia princípio estruturante do direito das famílias, essa concepção não é uníssona: embora não se negue a centralidade das famílias monogâmicas nas sociedades cristãs ocidentais, também não se pode negar a existência de arranjos familiares que fujam desse padrão.⁶⁹

Antes de se adentrar, porém, nesse mérito, é preciso esclarecer que a monogamia não se confunde com a fidelidade. Trata-se de uma forma de organização da família conjugal que é passível de conviver com a traição e a infidelidade, do mesmo modo em que a fidelidade pode ser preservada em relações

⁶⁶ A permissão da poligamia está geralmente associada à religião, especialmente ao islã. O Alcorão autoriza a poligamia somente ao varão (poliginia), negando-a à mulher e limitando a quatro o número de esposas, desde que o varão consiga sustentá-las igualmente. A poligamia feminina, também chamada de poliandria, é fenômeno raro, mesmo em nível mundial. Há registros da sua prática ainda atualmente no Nepal e em algumas aldeias isoladas do Himalaia.

⁶⁷ SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 69-70.

⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

⁶⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e o princípio da monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V. *Anais...* Belo Horizonte, out. 2005.

poligâmicas.⁷⁰ O que o sistema monogâmico não admite é o estabelecimento de mais de uma relação conjugal,⁷¹ seja através do casamento, seja através da união estável.

Dessa maneira, ao impor a monogamia como uma regra jurídica, o Estado opta por um modelo exclusivo de conjugalidade, no qual cabem apenas duas pessoas, independentemente dos desejos dos envolvidos. Embora essa opção atenda aos anseios da parcela prevalente da sociedade, não se coaduna com o princípio da pluralidade consagrado no texto constitucional. A imposição da monogamia nega o *status* de família a situações fáticas cada vez mais visíveis: os núcleos familiares paralelos ou simultâneos e aqueles compostos por mais de duas pessoas na relação afetiva, que vêm sendo chamados de uniões poliafetivas ou, simplesmente, designados de poliamor.

Embora o poliamor seja tema que tenha ganhado visibilidade apenas mais recentemente, a partir de notícias de pessoas que procuraram regular os efeitos patrimoniais dessas uniões celebrando escritura de união estável⁷² e, posteriormente, pela discussão do tema no Conselho Nacional de Justiça, as famílias simultâneas constituem tema enfrentado pelo Judiciário brasileiro já há mais de uma década,⁷³ especialmente para se lhes reconhecerem efeitos sucessórios e previdenciários. Ou seja, trata-se de realidade sociológica que ainda busca reconhecimento jurídico. A negativa desse reconhecimento, em ambas as hipóteses de constituição familiar, funda-se no imperativo da monogamia ou mononormatividade.⁷⁴

Com efeito, mesmo com o crescente reconhecimento pela doutrina do *status* de família das relações anteriormente designadas de concubinárias, a jurisprudência dos Tribunais Superiores recalitra em promover tal ampliação hermenêutica. Insistem – STJ e STF – em colocar a união estável simultânea ao casamento (ou a outra união estável) à margem da seara familiarista, negando-lhes os efeitos da proteção constitucional.

⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128-129.

⁷¹ Toma-se de empréstimo aqui o conceito adotado pela psicologia, no qual a conjugalidade é a comunhão de vida estabelecida pelo casal, independentemente do vínculo jurídico do matrimônio.

⁷² Importante ressaltar que a união estável é situação de fato e a escritura reguladora dessa união que vem sendo adotada por muitos companheiros, para além de seu valor simbólico, destina-se apenas à regulação de efeitos patrimoniais, possuindo, quanto ao vínculo afetivo, efeito meramente declaratório.

⁷³ Nesse sentido, confira-se o Recurso Extraordinário nº 158.700, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado em 30.10.2001. A decisão de primeiro grau havia reconhecido como união estável a relação simultânea ao casamento, mas foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o que foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. STF, Segunda Turma. RE nº 158.700. Rel. Min. Néri da Silveira, j. 30.10.2001.

⁷⁴ Duína Porto define a mononormatividade como “a normatização estatal da monogamia enquanto protótipo exclusivo das relações conjugais” (PORTO, Duína. Mononormatividade, intimidade e cidadania. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 654-681, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020).

Nesse sentido, é imperioso analisar os seguintes julgados, que revelam a tese adotada pelas instâncias superiores.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.096.539/RS, o Superior Tribunal de Justiça confirmou entendimento já adotado pela Corte, de impossibilidade de se reconhecer o vínculo jurídico da união estável concomitante a casamento não desfeito. Em seu voto, o Ministro Luis Felipe Salomão assentou:

[...] não se discute a possibilidade de, no mundo dos fatos, haver mais de uma união com vínculo afetivo e duradouro, com o escopo de constituição de laços familiares, o que evidentemente acontece.

O que se perquire é se, ainda que de fato haja vínculos afetivos des- se jaez, o ordenamento jurídico confere-lhes alguma proteção. [...]

O exemplo positivado de relações sociais que não geram efeitos jurídicos, ao menos no âmbito do direito de família - e até que o legislador opte por uma solução diferente, se optar -, é o chamado concubinato (antigamente dividido em puro e impuro), verificado nas relações afetivas não eventuais, quando no mínimo uma das partes está impedida de se casar ou, se casada, não se separou de fato de seu cônjuge. [...]

Ou seja, mesmo que determinada relação não eventual reúna as características fáticas de uma união estável, em havendo o óbice, para os casados, da ausência de separação de fato, não há de ser reconhecida a união estável.⁷⁵

Percebe-se que o entendimento adotado pelo ministro – e que é predominante no Superior Tribunal de Justiça – nega a atribuição de efeitos jurídicos a situação de fato, mesmo que ela se revista de todas as características previstas na norma. Privilegia-se a letra fria da lei em detrimento da realidade viva e pulsante.

⁷⁵ STJ, Quarta Turma. REsp nº 1.096.539/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.3.2012. Do mesmo modo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.348.458/MG, a Ministra Nancy Andri ghi, em aparente incongruência, afirmou: “07. Com efeito, uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 08. Isso não significa que o direito deva simplesmente ignorar a existência das relações plúrimas, múltiplas, simultâneas ou paralelas. Até porque elas têm or- nado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses”. Ou seja, apesar de não negar a existência das uniões simultâneas e o direito à busca da felicidade, negou o reconhecimento do *status* de companheira à recorrente com base no imperativo da monogamia. Cf. STJ, Terceira Turma. REsp nº 1.348.458/ MG. Rel. Min. Nancy Andri ghi, j. 8.5.2014.

O mesmo se verifica no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

COMPANHEIRA E CONCUBINA - DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL - PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO - SERVIDOR PÚBLICO - MULHER - CONCUBINA - DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina.⁷⁶

Admitir, nos dias atuais, a existência de concubinato, mesmo quando presentes todos os requisitos indicativos de união estável, negando-lhe efeitos jurídicos decorrentes da proteção constitucional à família, é virar as costas a toda principiologia constitucional. Como afirma Marcos Alves da Silva, retroage-se “ao passado de desclassificação da família não matrimonializada que só encontrava amparo por meio de uma analogia forçada com a sociedade de fato, mas que, como família jamais vista ou considerada”.⁷⁷

Entender, portanto, a monogamia como princípio estruturante do direito das famílias implica negar reconhecimento a famílias existentes no mundo dos fatos. Restringe-se, pois, a liberdade de constituição de família. Resta saber se a restrição atinge ou não o núcleo essencial dessa liberdade. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

[...] a monogamia somente é relevante para o direito de família quando seu avesso violar a dignidade da pessoa humana. Se assim não for, não cabe ao Estado ser o tutor da construção afetiva coexistencial, assumir o lugar do “não”. A negação ao desejo mútuo, respectivo, nesse caso, já se apresenta por meio do juízo de reprovação social movido por uma moral média. A coerção estatal não encontra, aqui, o espaço em que legitimamente possa ser exercida.⁷⁸

⁷⁶ STF, Primeira Turma. RE nº 397.762. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.2008. Este acórdão vem servindo de precedente a outros julgamentos da Corte, a exemplo do MS nº 33.555/DF, ocorrido recentemente.

⁷⁷ SILVA, Marcos Alves da. A monogamia em questão: repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IX. FAMÍLIAS: PLURALIDADE E FELICIDADE. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014. p. 168.

⁷⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e o princípio da monogamia. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V. *Anais...* Belo Horizonte, out. 2005. O mesmo raciocínio se aplica tanto às famílias simultâneas quanto às relações poliafetivas.

Demais disso, observa Marcos Alves da Silva que quando se desloca o tema da monogamia do âmbito da regulação religiosa e moral para o jurídico, promove-se sobrecarga de demanda para o direito. E, no caso do direito brasileiro, não é equivocado dizer que ocorre, ainda, violação do pacto constitucional, haja vista ser este fundado em uma principiologia que tem como referência a pessoa humana e sua dignidade.

5 Conclusões

O presente trabalho foi desenvolvido com o escopo de verificar se o cerceamento do direito ao casamento em determinadas hipóteses postas na legislação civilista é constitucionalmente autorizado.

A Constituição brasileira representa marco significativo no tratamento jurídico conferido às famílias, pois aí também incorporou os valores democráticos, que se expressam por meio do reconhecimento da existência de multiplicidade de entidades familiares, sem qualquer hierarquia entre elas.

A proteção constitucional conferida à família destina-se muito mais às pessoas de seus componentes do que à família enquanto instituição. A família deve ser o espaço primário de concreção da dignidade humana, através do respeito à autonomia e à liberdade dos sujeitos.

O exercício da autonomia privada permite aos indivíduos conduzirem a própria vida de acordo com as próprias convicções e desejos. Entretanto, na medida em que nenhum direito é absoluto, o exercício da autonomia privada pode esbarrar nos direitos de liberdade e na dignidade de outras pessoas, justificando eventual restrição.

As restrições aos direitos fundamentais, no entanto, devem ter fundamento constitucional, direto ou indireto, devendo ser orientadas pela proporcionalidade e pela preservação do núcleo essencial do direito fundamental.

No direito brasileiro, o regramento excessivo do casamento traz uma série de restrições à autonomia individual no direito das famílias. Muitas delas não resistem à técnica da ponderação, pois não apresentam fundamento constitucional.

O exercício da autonomia privada na seara das famílias implica primeiramente o direito de constituir família, o que pode acontecer por meio do casamento, caso seja esse o desejo do par afetivo. Entretanto, a disciplina jurídica positiva do casamento no Brasil não permite que pares homoafetivos contraiam matrimônio ou união estável. Trata-se de restrição que fere, além da autonomia privada, a isonomia, além de obstar a realização do postulado da dignidade. Embora o casamento e a união estável sejam possíveis atualmente no Brasil, faz-se necessária, ainda, a superação dessa restrição pela via legislativa.

Do mesmo modo, a liberdade de constituição de família é obstada através dos impedimentos matrimoniais. Quase todos eles são impedimentos assentados exclusivamente em valores morais.

As relações afetivas entre irmãos biológicos ou adotivos, embora não corriqueiras, são plenamente possíveis, especialmente quando esses irmãos não são criados juntos. Desse modo, quando essa relação afetiva se constitui a partir do exercício da autonomia dos envolvidos, sem assimetrias e livres da sombra do abuso, não há justificativa para o seu não reconhecimento como entidade familiar.

De igual maneira, não se afigura constitucionalmente coerente que possa o vínculo do casamento ser dissolvido, pela morte ou pelo divórcio, mas o parentesco por afinidade na linha reta ser dotado de perpetuidade, a obstar a constituição de novas famílias entre os sujeitos dessa forma vinculados.

Por fim, a mononormatividade, ao assumir a conjugalidade monogâmica como único modelo possível, exclui outros modelos de relacionamentos afetivos constitutivos de famílias de fato, ou seja, na percepção daquelas pessoas, da ampla proteção constitucional, que lhes assegura os mais diversos direitos.

Ora, na medida em que o direito à felicidade é direito de todos e que o exercício dessa liberdade de constituição de família não tem, em princípio, o condão de lesar terceiros, referidas restrições também não se sustentam após a técnica da ponderação. Ademais, os impedimentos matrimoniais não dão conta de impedir que as pessoas vivam as suas relações afetivas, servindo apenas para não se reconhecer ali uma entidade familiar, inclusive com possibilidade de prejuízo a sujeitos vulneráveis, como é o caso dos filhos menores.

Referências

ABGLT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Manual de Comunicação LGBT*. 2010. Disponível em: <http://www.unaids.org.br/biblioteca/Manual%20de%20Comunica%E7%E3o%20LGBT.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARENDR, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Edições Almedina, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.120/2013*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 6.583/2013*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567021>. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1217415/RS. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012. *DJe*, 28 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ*. Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. *DJe*-198, divulg. 13.10.2011, public. 14.10.2011.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *A psicologia simbólica junguiana: a viagem de humanização do cosmos em busca da iluminação*. São Paulo: Linear B, 2008.

BYINGTON, Carlos Amadeu Botelho. *Psicopatologia simbólico-arquetípica*. Disponível em http://www.carlosbyington.com.br/site/wp-content/themes/drcarlosbyington/PDF/pt/psicopatologia_%20simbolico_arquetipica.pdf. Acesso em: 13 jan. 2018.

CARBONELL, Miguel. Familia, Constitución y derechos fundamentales. In: ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (Coord.). *Panorama Internacional de Derecho de Familia: Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. t. I.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. rev. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

CUBAS, Marina Gama; AMÂNCIO, Thiago. 42% das crianças e adolescentes que sofrem abuso sexual são vítimas recorrentes. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 30 set. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/42-das-criancas-e-adolescentes-que-sofrem-abuso-sexual-sao-vitimas-recorrentes.shtml>. Acesso em: 22 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Família homoafetiva*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf. Acesso em: 2 jun. 2015.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, Curitiba, ano II, n. 3, 2011. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima3/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>. Acesso em: 18 maio 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias*. Salvador: JusPodivm, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 6.

HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814-834, out. 2001.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

IBGE. *Estatísticas do Registro Civil*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 1-8, 2017. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf. Acesso em: 24 mar. 2019.

JELIN, Elizabeth. *Pan y afectos: la transformación de las familias*. 2. ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *As estruturas elementares do parentesco*. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

MARTÍN SÁNCHEZ, María. *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Família é aquela que perpetua sociedade. *Revista Consultor Jurídico*, 12 maio 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>. Acesso em: 31 maio 2016.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 58, p. 195-201, maio/ago. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 51-52, p. 81-101, 1999.

PORTO, Duína. Mononormatividade, intimidade e cidadania. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 654-681, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0654.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas e o princípio da monogamia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, V. *Anais...* Belo Horizonte, out. 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, v. 15, p. 195-238, dic. 2015. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 16 jun. 2016.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Marcos Alves da. A monogamia em questão: repensando fundamentos jurídicos da conjugalidade contemporânea. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, IX. FAMÍLIAS: PLURALIDADE E FELICIDADE. Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2014.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*. Curitiba: Juruá, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma leitura pós-positivista. *In: CUNHA JR., Dirley da Cunha; DANTAS, Miguel Calmon. Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Stübing vs. Germany, n. 43547/08*. 2012. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-2153>. Acesso em: 30 maio 2016.

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Paloma Braga Araújo de. O direito fundamental de se casar com quem se quer. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 2, p. 43-75, abr./jun. 2022. DOI: 10.33242/rbdc.2022.02.003.

Recebido em: 16.10.2019

Aprovado em: 10.09.2020