JULIANA MAGGI LIMA

**A FAMÍLIA HOMOAFETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ
E SUA CONTRIBUIÇÃO À CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO
DE FAMÍLIA**

Dissertação de Mestrado

**Orientadora: Professora Titular Doutora
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

JULIANA MAGGI LIMA

**A FAMÍLIA HOMOAFETIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ E SUA
CONTRIBUIÇÃO À CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Civil, sob orientação da Professora Titular Doutora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Lima, Juliana Maggi.

A família homoafetiva na jurisprudência do STF e do STJ e sua contribuição à construção do conceito jurídico de família / Juliana Maggi Lima. – São Paulo : USP / Faculdade de Direito, 2018. 238 p.

Orientadora Professora Titular Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

1. Família. 2. Direito de Família. 3. Família Tradicional. 4. Família Homoafetiva. 5. Jurisprudência. I. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes, orient. II. Título.

Banca Examinadora:

Prof. Orientador: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Prof. Examinador:

Prof. Examinador:

*Ao meu pai, por tudo o que deixamos de viver, mas,
especialmente, por tudo o que vivemos, que me forjou e cujas
histórias estão tatuadas na minha alma.*

À minha mãe, minha fênix.

*Às famílias de Lucas e Avelino, Laura, Christian e Janaína,
Marcos Vinícius, Cláudia, Marielle e a tantas outras que deixaram de
receber especial proteção do Estado.*

AGRADECIMENTOS

Eu não teria a oportunidade e o privilégio de fazer agradecimentos por esta etapa acadêmica tão importante não fosse a minha orientadora, Professora Doutora Giselda Hironaka, que me aceitou como sua orientanda, com uma generosidade ímpar. Agradeço imensamente por tudo o que pude conquistar com essa orientação preciosa.

Agradecimentos especiais também a todo o Corpo Docente, aos colegas discentes e a todos os funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial aos responsáveis pelo atendimento na Biblioteca de Direito Civil, que, mesmo com as dificuldades vividas nesses anos em que estive na pós-graduação, me auxiliaram de forma excepcional. A essas pessoas, dedicadas e pacientes com minhas diversas dúvidas, minha gratidão e admiração.

A ajuda de tantas outras pessoas me possibilitou chegar até aqui: meus sócios e amigos de vida, Patricia Brandão e Roberto Dias. Patrícia Coimbra, agradeço a parceria de anos, reforçada na reta final desta etapa. Branca, Dona Cícera, Gabriela, Neto e Vítor, agradeço a paciência e o apoio.

À minha família tenho que agradecer por tudo. Literalmente, só pude chegar até aqui pelo investimento deles em mim desde meu nascimento. Investimento não só financeiro, mas de intenso carinho e orientação de vida. O amor pela leitura, estimulado pelo meu pai, uma vida inteira de trabalho comigo e para mim da minha mãe, que, mesmo nos momentos mais horríveis, sempre me amparou e me levantou espiritual, financeira e afetivamente. Donizete, meu amado avô, exemplo de vida, de superação e de dedicação, especialmente à minha avó, D. Nenê, uma das melhores pessoas entre as que já estiveram neste mundo. Tia Fran (por desde cedo colocar a meta impossível de atingir: fazer mais que minha obrigação), Bia, Sá, Pimenta, Jojô, Kuki, o amor de vocês me ajudou a seguir até o fim.

Gratidão à minha irmã Flora, à Irene e à Alaici, aos meus amigos, e em especial aqueles que são “a minha família”, Amis (Dó, Má, Ci, Ju Cô, Dy e Elis), Bel Hidalgo, Claudia Abramo, Marcelo Feller, e Paula Pedroso.

E ao ser que caminhou comigo para fora das trevas, Biju Matheus.

RESUMO

O presente estudo buscou analisar os contornos jurídicos do atual conceito de família. Para tanto, foi feita análise qualitativa de decisões judiciais selecionadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da família homoafetiva. A escolha da temática de fundo para estudo do conceito jurídico de família se deu em função de se tratar de nova modalidade dessa instituição em termos jurídicos, o que implicou a superação de requisito histórico para a configuração de uma família – a dualidade de gêneros. Antes da efetiva análise jurisprudencial, foram apresentados capítulos com fundamentos teóricos de doutrina jurídica e de outras áreas, como história e ciências sociais, para delimitar as profundas transformações do conceito de família desde o século XIX, que antecederam o reconhecimento judicial da família homoafetiva e o surgimento de novo conceito jurídico: o afeto. A família, como entidade merecedora de especial proteção do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, enseja que se saiba quais são os contornos desse conceito, seja para que se estabeleça quem pertence a uma família e, assim, possui direitos e deveres dela decorrentes, seja para que se fixem os atuais conceitos que regem tal entidade. Foi demonstrado que o que se chama comumente de família tradicional envolve noções que não se limitam às usualmente apontadas – dualidade de gêneros e família matrimonial. Essa demonstração é relevante para que se entendam as mudanças na família no sentido jurídico, especialmente ao longo do século XIX, e para que se possa afastar argumentos incompletos sobre a denominada família tradicional. Também foi apresentada a relevância da construção social pelos variados caminhos legitimamente aceitos (demandas judiciais, propostas legislativas etc.) para inovação no conceito de família. A análise das decisões selecionadas demonstrou, assim como o reconhecimento jurídico do divórcio e da união estável, intensa disputa política e social e relevante atuação do Judiciário na formação do conceito de família. Também se demonstrou que a evolução da jurisprudência foi paulatina. A análise buscou conclusões para além do resultado binário das decisões, destacando-se os limites da decisão da ADI 4.277/ADPF 132, em que, por maioria de votos, ficou reconhecida, com efeitos vinculantes, a união estável homoafetiva com o mesmo regramento jurídico da união estável heteroafetiva. Ainda, ficou evidente a necessidade de melhor definição dos conceitos inerentes à família, em especial o afeto ou afetividade, que vêm sendo aplicados em questões de direito de família.

Palavras-chave: Família; Direito das famílias; Família tradicional; Família homoafetiva; jurisprudência.

ABSTRACT

The present study intended to analyze the juridical contours of the current concept of family. A qualitative analysis was made of selected judicial decisions of Superior Tribunal de Justiça and Supremo Tribunal Federal regarding homoaffective family. The background theme was chosen due to the fact that this institution is a new modality of family. This recognition implied to overcome the historical requirement for family configuration – duality of genders. Before the analysis of actual legal precedents, theoretical foundations of legal doctrine and other areas, such as history and social sciences, were presented to delimit the profound transformations of the concept of family since 19th century, that preceded judicial recognition of homoaffective family, and the rise of a new legal concept: affection. Since family is an entity that deserves special protection from State in Brazilian legal system, it is necessary to know the contours of this concept, either to establish who belongs to one of them and therefore has the rights and duties deriving from it, and in order to fix the present concept which rules such entity. It was shown that what is commonly referred to as traditional family is a narrow conception of real traditional family – duality of genders and marriage – and does not explain the whole concept. This analysis is relevant in order to understand the changes in family in legal sense, especially throughout 19th century, and to dispel incomplete arguments about the so-called traditional family. It was also presented the relevance of civil rights regarding families been demanded through legitimately accepted paths (judicial demands, legislative proposals etc.). The precedent analysis demonstrates the intense political and social dispute for the definition of family and the relevance of legal precedents in the construction of this concept. It was also shown that the evolution of jurisprudence has been gradual. The analysis has sought conclusions beyond the binary result of decisions, among which the limits of ADI decision 4.277/ADPF 132, that recognized civil union, and, by majority of votes, equaled homosexual unions legal status to heterosexual civil union. There still is need for a better definition of the concepts that regard family, in particular affection, now used in several demands on family issues.

Keywords: Family; Families law; Traditional family; Homoaffective family; Legal precedents.

SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Ação de descumprimento de preceito fundamental
Art.	Artigo
CC 1916	Código Civil de 1916
CC 2002	Código Civil de 2002
CF	Constituição Federal de 1988
EC	Emenda constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
LGBT	Lésbicas, <i>gays</i> , bissexuais, travestis e transexuais
MPSP	Ministério Público do Estado de São Paulo
MS	Mandado de segurança
PEC	Proposta de emenda constitucional
PL	Projeto de lei
PLS	Projeto de lei do Senado
RE	Recurso extraordinário
REsp	Recurso especial
RESPE	Recurso especial eleitoral
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E TERMINOLÓGICAS	25
2. FAMÍLIA: ENTIDADE MEREDEDORA DE ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO	33
2.1 A construção jurídica do conceito tradicional de família no século XIX e mudanças de paradigmas que a originaram	40
2.2 O monopólio da família matrimonial até 1988.....	54
2.3 A família na Constituição de 1988: nova ordem do direito das famílias: pluralidade de famílias, igualdade entre filhos, família como instrumento	68
2.4 Elementos do conceito de família e da proteção especial a ela destinada na legislação infraconstitucional e em políticas públicas	76
3. O AFETO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	93
3.1 Princípio da afetividade	93
3.2 Decorrências do princípio da afetividade no direito das famílias.....	97
4. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA: DO DIREITO A EXISTIR AO DIREITO A CONSTITUIR FAMÍLIA.....	103
4.1 Homossexualidade contemporânea: o direito a existir.....	103
4.2 Direito a constituir família	111
4.3 O debate jurídico sobre a possibilidade de reconhecimento da família homoafetiva no Brasil	123
5. ANÁLISE DOS JULGADOS SELECIONADOS	133
5.1 Análise do acórdão do REsp 820.475/RJ: possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva	139
5.2 Análise do acórdão do REsp 889.852/RJ – parentalidade – adoção unilateral de crianças adotadas por companheira	141
5.3 Análise do acórdão da ADPF 132 e da ADI 4.277 do STF: união estável.....	144
5.4 Análise do acórdão do REsp 1.183.378/RS do STJ – casamento	157
5.5 Análise do acórdão do REsp 1.281.093/SP – parentalidade – adoção unilateral.....	163

5.6 Análise do acórdão do REsp 1.540.814/PR – parentalidade – restrições à adoção por homossexuais	166
6. ELEMENTOS DO CONCEITO DE FAMÍLIA EXTRAÍDOS DA ANÁLISE DOS JULGADOS SELECIONADOS.....	169
CONSIDERAÇÕES FINAIS	177
REFERÊNCIAS	187
ANEXOS.....	199

INTRODUÇÃO

A família é uma das instituições mais caras para as sociedades em geral (ainda que seja um conceito equívoco), e também o é para a sociedade brasileira contemporânea. É considerada, pela Constituição Federal de 1988, a base do Estado, como previsto no art. 226, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, ocupa posto de relevância jurídica. Socialmente, a relevância também é dessa ordem de grandeza: há disputas pelo conceito, e foi em nome da família que políticos, em tempos recentes, afirmaram tomar decisões muito significativas para o país¹. Essa importância tem origem sociológica, com destaque para a forte influência católica na definição jurídica do conceito nos séculos XIX e XX, que a elevou a um patamar notável no ordenamento jurídico, tendo em vista, ainda, o valor histórico da família na concentração de riqueza e na formação de mão de obra.

A Constituição de 1988, elaborada no cenário de redemocratização do país e de reconhecimento de direitos fundamentais em reação ao período histórico de violações de direitos humanos pelo Estado, foi a primeira a romper em definitivo com o monopólio da família matrimonial, única reconhecida pelos cânones religiosos, pela qual se impedia a dissipação do patrimônio familiar e se impunha uma liderança preestabelecida (o homem).

Essa ruptura foi precedida por flexibilizações desse entendimento na esfera legal, jurisprudencial e, principalmente, doutrinária. Diante da ausência de um critério único para a origem da família, vários podem ser os elementos que influenciam sua composição, e este estudo pretende identificar, por meio da análise de decisões judiciais selecionadas, quais são os parâmetros que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendem como necessários para a configuração de uma família.

Para tanto, como será apresentado no Capítulo 1, propõe-se a análise de decisões judiciais desses tribunais relativas ao reconhecimento jurídico da família

¹ Na sessão em que foi votada a instauração do processo de impedimento por crime de responsabilidade contra a então Presidente Dilma Rousseff, a palavra “família” foi mencionada 156 vezes. A íntegra das notas taquigráficas dessa sessão está disponível em <<http://www.camara.leg.br/internet/plenario/notas/extraord/2016/4/EV1704161400.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2018.

homoafetiva, a fim de verificar quais elementos as instâncias superiores do Poder Judiciário utilizaram para conferir a essa configuração social o caráter de família, ainda que não expressamente prevista no texto constitucional e ainda que a dualidade de gêneros seja um requisito jurídico historicamente apresentado como essencial à sua formação. Serão explicitados os critérios de seleção dos acórdãos analisados e definida a terminologia adotada no estudo.

Com base no método que será apresentado no Capítulo 1, o presente estudo se propõe a demonstrar a evolução do conceito de família no Brasil, a influência religiosa e econômica na sua construção, o descolamento do conceito jurídico de família do religioso e o impacto das intensas mudanças sociais ocorridas ao longo do século XX no conceito jurídico de família, o que será abordado no Capítulo 2. Nesse capítulo também serão apresentados o conceito jurídico de família no Brasil anterior a 1988, o novo cenário constitucional a partir da Constituição e elementos do conceito jurídico de família na legislação infraconstitucional e em políticas públicas.

Para este estudo, parte-se da premissa de que o conceito de família se alterou sensivelmente, no aspecto social, ao longo do século XX, causando reflexos no conceito jurídico, o que se buscará demonstrar no Capítulo 2. O modelo tradicional, baseado na moral cristã, formado pela válida e indissolúvel união entre homem e mulher com o objetivo de constituir prole, perdeu sua hegemonia enquanto único apto a criar família, especialmente a partir do último quarto do século passado, com a Emenda Constitucional n. 9, de 1977, que instituiu o divórcio no ordenamento jurídico (ainda que com várias condicionantes). A Constituição Federal de 1988 aprofundou essa ruptura ao consagrar como família a unidade formada pela união estável e com um núcleo monoparental, rompendo com a hegemonia da família matrimonial. O que se denomina família tradicional, cujas bases foram assentadas no século XIX, também será objeto de análise.

O distanciamento do conceito jurídico de família dos valores cristãos e de sua importância patrimonial enseja o preenchimento dessa figura com outros valores apropriados pelo direito, como a emancipação feminina (que vai de encontro à submissão da mulher cristã ao homem), a valorização da felicidade pessoal (em contraponto ao sacrifício pessoal como meio para a redenção) e a

dignidade da pessoa humana, que permite a busca pela realização pessoal e transforma a família em meio para isso, deixando ela de ser fim em si mesma.

Com o arcabouço teórico do Capítulo 2, será feito um apanhado da evolução do conceito de família desde o século XIX até o momento em que essa instituição foi alçada ao patamar de base da sociedade. A Constituição Federal de 1988 confere à família especial proteção, atribuindo direitos e deveres recíprocos aos seus membros. Pelo texto constitucional, pais e mães têm o dever de sustento de filhos menores, e os filhos, por sua vez, têm o dever de amparo aos pais idosos, por exemplo (art. 230). Diante da relevância do tema, a CF ainda atribui deveres ao Estado e à sociedade, a fim de não desamparar os membros da família, caso seus membros não tenham como fazê-lo (arts. 227 e 230).

Pela leitura da Constituição de 1988, não se obtém conceituação definitiva ou ao menos tentativa de definição do que vem a ser família. Pode-se depreender do texto constitucional algumas das formações que são contidas em tal conceito, como as entidades formadas pelo casamento, pela união estável e por um dos pais e seus filhos (família monoparental), mas não há uma conceituação expressa.

Para o saber popular, quaisquer pessoas com vínculos consanguíneos remotos ou mesmo de afetividade são consideradas “família”. A doutrina jurídica traz diversas definições, ora baseadas em conceitos psicológicos, como Rodrigo da Cunha Pereira (2003), ora em valores tradicionais, como Maria Helena Diniz (2011).

A despeito da relevância social do instituto, ou até mesmo em função dela, não há, tampouco, definição legislativa de família infraconstitucional, passando a ser entendida como um conceito de conteúdo indefinido e com possibilidades que vão além do rol exemplificativo da Constituição Federal. A legislação infraconstitucional aborda o tema, sem definir família. Como exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei Maria da Penha e o Código Civil de 2002.

Como até 1988 o conceito jurídico de família se limitava ao formato matrimonial, não havia necessidade de sua definição legal. O reconhecimento constitucional de outras configurações familiares além do modelo matrimonial surgiu, também, de demandas sociais que foram judicializadas visando ao reconhecimento de formações sociais além da matrimonial. O conceito jurídico de família parece ser de conteúdo indefinido após 1988. A doutrina, como se

demonstrará, via de regra, apresenta diferentes modalidades desse instituto, sem a busca aprofundada por um conceito que o defina.

O afeto, como novo valor jurídico do direito das famílias, será apresentado no Capítulo 3, sob o enfoque de seu surgimento doutrinário e de sua apreensão jurídica, inclusive pelo Judiciário.

Com o alargamento constitucional do conceito de família, iniciou-se nova disputa jurídica por sua definição. Enquanto o Legislativo se viu incapaz de regular a questão, o Judiciário reconheceu a existência das famílias homoafetivas por decisões *inter pars* desde meados dos anos 2000. Há projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, que serão melhor apresentados no Capítulo 4, voltados para a definição do instituto com valores semelhantes aos que definem a família para os católicos e cristãos, como o Projeto de Lei n. 6.583/2013, conhecido como o Estatuto da Família, e outros projetos que incluem mais formações sociais dentro desse conceito, a exemplo do Projeto de Lei do Senado n. 470/2013, denominado Estatuto das Famílias. Até o momento, nenhum foi aprovado.

No Capítulo 4 será apresentado um panorama sobre a homossexualidade contemporânea e a transição do mero reconhecimento do direito a viver a orientação sexual fora da normatividade para o reconhecimento da família homoafetiva. Serão apresentados, como comparativo, alguns exemplos estrangeiros e a evolução no Brasil, onde, em 2011, o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, inovou ao abarcar formação absolutamente estrangeira ao conceito cristão de família, de forma vinculante.

Para este estudo, foram selecionados acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça analisados no Capítulo 5 que reconhecem a família homoafetiva e seus limites: i) a existência dessa modalidade de família pela união estável; ii) o direito de os casais do mesmo gênero se casarem, iii) o direito de o casal homoafetivo ampliar sua família, isto é, o direito à descendência, e iv) o direito ao casamento homoafetivo.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de suas atribuições constitucionais, têm optado, sobretudo, pela primazia do princípio da dignidade da pessoa humana. As Cortes interpretam a Constituição Federal e a legislação federal, apresentando entendimentos que vêm a complementar a definição jurídica de família.

A relevância de analisar como as definições ou os elementos que compõem atualmente esse conceito vêm sendo interpretados e aplicados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça decorre justamente da ausência de um conceito definitivo de família e da relevância desse instituto em nosso ordenamento, buscando-se identificar os parâmetros jurídicos utilizados por esses tribunais para superar o texto constitucional expresso, como entendem alguns, e a construção histórica do conceito, no reconhecimento dessa formação social como família. Afirma-se que se trata de conceito vigente, porquanto é entidade altamente influenciada pelas transformações socioculturais

A análise jurídica do que é família se mostra necessária em razão dos direitos e deveres especiais a que o indivíduo tem acesso em razão de integrar uma família, ainda que, dado seu caráter socialmente dinâmico, seja de extrema dificuldade (ou impossível) sua conceituação definitiva, mesmo para um momento determinado.

No Capítulo 5 serão apresentados os resultados das análises de cada um dos acórdãos selecionados, cujos roteiros de análise estão nos anexos deste trabalho, que serão comparados e analisados entre si no Capítulo 6 para verificar os fundamentos do inédito reconhecimento da família homoafetiva e os critérios e valores que nortearam os ministros no preenchimento desse conceito de conteúdo indefinido. A partir deste estudo, poderemos verificar os valores e critérios que passaram a orientar o conceito de família para o direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo, verificou-se que o conceito de família tradicional relatado na doutrina como significando a família matrimonial e com objetivo de prole tem origem altamente excludente e até descolada da realidade histórica. A família tradicional, além de matrimonial, na realidade, não apenas era católica, heterossexual, mas era branca, patriarcal, com submissão da mulher e dos filhos ao poder do homem e patrimonializada.

Considerando as demonstradas modificações da família jurídica desde o início da independência do Brasil (família reconhecida apenas entre católicos, apenas casamento religioso, existência apenas da família formada por brancos etc.), ao falar da dualidade de gêneros de casais, melhor seria falar em requisitos tradicionais do conceito de família, em vez de se referir à família tradicional, já que esses dois elementos (família matrimonial com necessária dualidade de gêneros), sozinhos, são insuficientes para explicar a família jurídica desde a Independência até a CF de 1988.

Ao analisar o conceito jurídico de família com base nos demais aspectos jurídicos e históricos, fica demonstrado que apenas os católicos faziam jus à constituição de família e os negros, juridicamente, nem sequer eram considerados pessoas humanas, não possuindo direitos nem em relação a seus filhos, mesmo após a Lei do Ventre Livre. Se os negros, escravizados com fundamento no próprio ordenamento jurídico, não tinham direito sobre si ou seus filhos, presume-se que a lei da época, ao falar em família, continha implícito o entendimento de que apenas pessoas brancas poderiam formá-la reconhecidamente perante o Estado e a sociedade.

Fica evidente, com essa abordagem mais ampla do que em regra se faz, que o que se chama de família tradicional em sua origem era mais **excludente** do que apenas casais não matrimoniais e do mesmo gênero, pois excluía, também, não católicos, não brancos, etc.

Assim, o argumento histórico de que a tradição da dualidade de gêneros seria inerente à família, fartamente utilizado no debate da família homoafetiva, mostra-se incompleto, uma vez que retrata apenas um elemento da origem da

família jurídica brasileira. Não que a superação de outros paradigmas do conceito de família por si só deva levar ao reconhecimento da família homoafetiva, mas, ao menos, demonstra a fragilidade desse argumento para tal vedação.

Especial destaque deve ter a exclusão histórica dos não católicos e dos negros do conceito de família. Isto porque, ao falar em tradição do direito de família, via de regra, parece se falar em uma família que acolhia a todos, contanto que matrimonial, com diversidade de gênero, o que se verificou não ser verdadeiro.

Como se demonstrou, muitos dos requisitos, direitos e deveres tradicionais ao conceito de família foram sendo superados ao longo do século XX, com especial relevância para o Estatuto da Mulher Casada e da Emenda Constitucional do Divórcio. Essas mudanças, como relatado, não foram instauradas sem longo e intenso debate social.

Hoje, a família continua sendo objeto de intenso debate político e social. Nossa sociedade está polarizada. Como mencionado, na votação do impedimento da Presidente Dilma Rousseff, a família foi o fundamento de inúmeros votos de parlamentares. A disputa presidencial de 2018 também trouxe o tema de forma intensa, inclusive com escrutínio da vida familiar dos candidatos.

O debate sobre a família está na esfera do Poder Judiciário também quanto à multiparentalidade, quanto à filiação socioafetiva, entre outros aspectos. Além das famílias homoafetivas, coube a esse Poder, recentemente, decidir sobre a sucessão legítima de companheiros (dando interpretação diametralmente diversa da legislativa, essencialmente, com base nos princípios constitucionais). O Poder Judiciário vem conferindo novas faces às famílias e a suas consequências jurídicas, nas mais diversas frentes.

Em paralelo, o Poder Legislativo se apequena: há mais de vinte anos com projetos que tratam de uniões homoafetivas, permanece inerte, especialmente diante da forte polarização que o tema vem ensejando.

Enfrentando a questão-problema proposta, verificou-se que os contornos do conceito de família estão menos evidentes hoje do que no passado, quando havia uma definição clara (família é a união formada a partir da relação matrimonial, com as restrições acima apresentadas). Hoje, são múltiplos os meios de constituir uma família (apenas um dos pais e filhos, casais com diversidade de gênero, sem diversidade de gênero, unidos pelo casamento ou por união estável

etc.). Com o reconhecimento da família homoafetiva, ficou evidente que, muito mais que um fim em si mesma, que um conceito fundado na tradição, a família é um instituto que visa proteger relações íntimas, vínculos pessoais que, por sua natureza, merecem especial proteção do Estado. E, definitivamente, o afeto e o princípio da afetividade, cujos conceitos ainda seguem em construção, surgem como elementos inerentes à família.

Entre as características primordiais da família está seu papel de *locus* de proteção e desenvolvimento do ser humano de acordo com suas características pessoais, sendo altamente constitucionalizada.

Tal qual na construção jurídica do instituto do divórcio e da união estável, o Poder Judiciário vem exercendo papel decisivo na compreensão do conceito de família. Há um recorte neste trabalho, família homoafetiva, para estudar o que vem sendo entendido como família. Esse recorte foi feito pela necessidade de delimitação metodológica, até porque se refere à superação de requisito tão relevante que era usado como exemplo de casamento nulo (ausência de diversidade de gênero).

Apesar de se tratar exclusivamente de novas modalidades de família, da análise dos acórdãos não é possível extrair o que é família. Contudo, é possível depreender que a família é o núcleo mais importante da sociedade, pautada por princípios constitucionais de igualdade, não discriminação, liberdade, entre outros, e meio para que as pessoas possam se realizar como indivíduos. Há o reconhecimento de que “fatos da vida”, como a homossexualidade, que não causam danos a terceiros, não podem ser ignorados pelo direito de família.

A família homoafetiva passou a ser, assim, uma realidade com efeito vinculante, por determinação do Judiciário. O entendimento vencedor das decisões analisadas é no sentido de que todos os direitos e deveres inerentes às uniões heteroafetivas são aplicáveis às homoafetivas, assim como os requisitos para sua configuração. Esse é o entendimento vencedor na ADI 4.277/ADPF 132, com a expressa manifestação vencida dos Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso quanto a ressalvas sobre a extensão desse reconhecimento.

Desde o julgamento da ADI 4.277/ADPF 132 houve sensível alteração nos quadros do STF. Indaga-se, assim, se o entendimento vencedor desse julgamento (mesmos direitos e deveres) será aplicado nas futuras decisões dessa

Corte, em especial a do julgamento pendente sobre o casamento homoafetivo e a filiação, questões ainda não expressamente apreciadas pelo pleno com efeito vinculante.

Porém, ainda que não expressamente apreciado, não se vê como possível qualquer restrição a direitos e deveres à família homoafetiva por decisão superveniente sobre o tema, uma vez que entre os direitos inerentes à união estável está a possibilidade de sua conversão em casamento. A análise feita revelou mais do que a mera leitura do resultado final: apesar da não apreciação específica quanto ao casamento ou filiação, a análise de todos os votos da ADI 4.277/ADPF 132 permitiu concluir que, por maioria de votos, todos os direitos e deveres inerentes às uniões heteroafetivas se aplicam às homoafetivas.

É questão que causa preocupação pelo embate político e social sobre o tema, mas a análise das decisões impõe que prevaleça o entendimento já fixado com efeito vinculante de que foram reconhecidos à família homoafetiva os mesmos direitos e deveres aplicáveis à família heteroafetiva. O STJ já decidiu (ainda que em decisões entre partes) sobre a possibilidade de haver casamento entre pessoas do mesmo gênero e sobre filiação, como nos acórdãos analisados, com expressa menção, inclusive, a esse entendimento.

Em função do efeito vinculante da decisão do STF sobre a união estável e pela segurança jurídica inerente a essa decisão e às decisões do STJ que permitiram a constituição de diversas famílias, parece retrocesso inaceitável qualquer decisão superveniente que venha a impor restrições a essa modalidade de família. Apesar de ainda haver questionamentos sociais e jurídicos quanto ao casamento homoafetivo, parece que, diante do teor do acórdão da ADI 4.277/ADPF 132 e de sua interpretação pelo STJ, seria uma anomalia jurídica se o próprio STF, em julgamento futuro, viesse a impedir o casamento entre pessoas do mesmo gênero, pois isso desrespeitaria decisão vinculante da própria Corte em face de questão que não poderá ser objeto de EC.

Essa afirmação não ignora o disposto no art. 102, § 2º, da Constituição Federal. O efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade não se opera em relação ao Legislativo e ao próprio Supremo. Contudo, no caso há particularidades que permitem concluir que eventual superação do resultado da ADI 4.277/ADPF 132 somente pode se dar por ruptura das instituições políticas

ou por nova Constituinte que preveja novo pacto constitucional, rompendo com o atual sistema.

O Legislativo não está vedado de legislar sobre matéria que tenha sido objeto de ações diretas de inconstitucionalidade. Exemplo recente é o das vaquejadas. A EC 96/2017 passou a permitir expressamente práticas desportivas com animais, desde que reconhecidas como manifestações culturais e regulamentadas por lei. Essa emenda foi superveniente ao julgamento da ADI 4.983, em que o STF declarou inconstitucional lei do Ceará que regulamentava a vaquejada. Quando da promulgação dessa emenda, estava em curso a ADI 5.713, que tratava de lei do Estado da Paraíba que autorizava a prática da vaquejada. A ADI 5.713 foi julgada prejudicada.

Contudo, o julgamento da ADI 4.277/ADPF 132 tratou do direito a constituir família, e entendeu que a união estável homoafetiva é admitida diante das normas constitucionais. Com essa conclusão, o único caminho legislativo para superá-lo seria emendar a Constituição.

Entretanto, pela natureza do direito reconhecido, eventual emenda constitucional superveniente declarando a inexistência ou restringindo a família homoafetiva parece ser solução juridicamente inadmissível. Isto porque, a partir do reconhecimento de que, constitucionalmente, existe a família homoafetiva, a sua formação passa a ser um direito que não pode ser objeto de emenda tendente a aboli-lo (art. 60, 4º, da CF).

Como se verificou do estudo sobre a natureza do direito de constituir família, esse direito é de natureza individual. Essa é a conclusão a que se chega seja pelo reconhecimento de que o direito a constituir família é direito fundamental, como se extrai de normas internacionais e internalizadas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 16), seja pelo argumento de que esse direito decorre dos direitos individuais à liberdade, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, *caput* e X), direitos esses que se confundem com a essência da família, e que são invioláveis. A complementar a argumentação de que não pode haver retrocesso quanto ao reconhecimento desse direito, o § 2º do art. 5º da CF permite admitir que não apenas os direitos expressamente inscritos nesse mesmo artigo devem ser reputados como individuais e protegidos como cláusulas pétreas.

No julgamento da ADI 4.277/ADPF 132, o fundamento de que o reconhecimento da união estável homoafetiva se dava em decorrência de direitos fundamentais foi apresentado por alguns ministros, entre eles o relator, Ayres Britto, com voto condutor

... esse núcleo familiar é o principal locus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional (p. 21-22 do voto).

Em sentido semelhante, houve manifestações dos Ministros Luis Fux e Gilmar Mendes, também na ADI 4.277/ADPF 132. Para Fux, a família é “veículo de realização dos direitos fundamentais, instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais (...)” (p. 12 do voto). Gilmar Mendes também entendeu na ADI 4.277/ADPF 132 que se estava tratando “do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos” (p. 28 do voto).

Há, é evidente, caminhos para se fundamentar que o direito a constituir família não é um direito fundamental, essencialmente por não estar insculpido no art. 5º da CF, e, portanto, não seria direito individual protegido pelo art. 60, § 4º, da CF, podendo ser restringido ou suprimido por emenda constitucional. Contudo, parece ser juridicamente mais sólido que o direito a constituir família entre casais homossexuais é de natureza individual ou fundamental, até mesmo pelo fato de a orientação sexual e afetiva ser reconhecida como

o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes (p. 29-30 do voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 4.277/ADPF 132).

Ainda, tem-se que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado. Retirar o direito de relevante parcela da população de albergar suas relações mais caras sob esse instituto parece medida tendente a

abolir os direitos individuais já mencionados à liberdade, à intimidade e à vida privada e à não discriminação.

É certo que o Legislativo pode regulamentar a união estável como um todo, tal como o prazo mínimo de convivência para sua existência, o regime legal etc., mas não pode, sob pena de propor medida inconstitucional ou tendente a abolir direito individual, legislar de forma a discriminar uniões hétero e homoafetivas sob o argumento de desrespeito à “família tradicional”, “impossibilidade de procriação” etc.

Também se verificou nos acórdãos que há entendimento sólido no sentido de que família e entidade familiar são sinônimos, não havendo como usar esse termo em desfavor da família constituída por união estável ou monoparental.

Essas decisões são da esfera do Judiciário, ainda que haja várias menções nos votos analisados ao fato de que a matéria deveria ter sido objeto de decisão do Legislativo. Contudo, diante do efeito vinculante da ADI 4.277/ADPF 132 e dos impactos das decisões analisadas do STJ (inclusive culminando com a Resolução n. 175/2013 do CNJ), não há mais espaço jurídico para que o Legislativo opte por qualquer decisão que restrinja o direito de homossexuais a constituir família, discriminando-os dos heterossexuais, exceto se houvesse nova Constituinte decorrente de Poder Constituinte Originário ou uma total ruptura com o sistema jurídico político vigente por outro meio. Isso porque, ao reconhecer a família homoafetiva com base em princípios e direitos fundamentais, há vedação ao retrocesso quanto a esse tema. Apesar disso, seguem em trâmite os diversos projetos de lei apontados no estudo.

Outro tema que mereceu especial atenção foi a disposição literal do art. 226, § 3º, da CF. O questionamento do roteiro de análise dos acórdãos sobre o tema se mostrou pertinente, na medida em que não houve unanimidade. Parte dos ministros entendeu que haveria apenas o expresse reconhecimento da união estável heteroafetiva, sem implicação em vedação à homoafetiva, e outros alegaram que haveria algo que se chamou de “silêncio eloquente”, uma vedação implícita.

Nesse debate, vários foram os argumentos, entre eles o de que o dispositivo não trazia literal vedação (a interpretação gramatical não permitiria que se entendesse haver proibição de união entre mulher e mulher ou entre homem e

homem), o de que a expressão “homem e mulher” seria mera afirmação da igualdade entre ele, o da intenção legislativa, entre outros.

A intenção do legislador deve ser analisada com parcimônia na interpretação das normas. Ainda que se traga o argumento do Ministro Ricardo Lewandowski de que a Assembleia Constituinte quis vedar a união homoafetiva, o que efetivamente se extrai do texto constitucional (e que acabou referendado pelo STF) é que a Constituição reconhece a união estável entre homem e mulher. Porém, a leitura integral do texto, em especial à luz dos princípios da dignidade humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da não discriminação, dos direitos à igualdade, à liberdade e à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, impedem que se interprete restritivamente o art. 226, § 3º, da Constituição. O que se chamou de silêncio eloquente sobre a união entre pessoas do mesmo gênero seria essa interpretação restritiva.

Mesmo os ministros que entendiam que a intenção legislativa ou a redação vedavam a união entre pessoas do mesmo gênero superaram esse entendimento, com base nos demais princípios e direitos constitucionais.

A hipótese inicial de que as Cortes reconheceram a família homoafetiva com base na legislação constitucional e infraconstitucional se revelou parcialmente verdadeira. Os tribunais, mesmo o STJ, cuja competência constitucional é relativa à legislação federal, decidiram, essencialmente baseados na Constituição, para reconhecer a necessidade de adequação da legislação federal ao texto constitucional. Isto é, foram essencialmente os princípios constitucionais e os direitos fundamentais que levaram os ministros à validação jurídica do fato da vida consubstanciada na homossexualidade e nas uniões formadas por essas pessoas.

É preocupante, contudo, a ausência de critérios jurídicos sólidos ou bem definidos em relação à família. Nenhum dos ministros buscou definir o conceito. Estamos diante de momento de transição, em que se admite que a família é um modelo aberto (rol constitucional exemplificativo). Houve a superação do requisito da diversidade de gênero para casais, mas fundado essencialmente em direitos e princípios constitucionais. Os ministros pareceram atentar especialmente para a realidade social, destacando na ADI 4.277/ADPF 132 os elevados números de casais homoafetivos e em outros julgados a realidade fática posta.

Há espaço para que Legislativo, doutrina e jurisprudência solidifiquem conceitos que levaram ao reconhecimento da família homoafetiva. Nos julgados analisados há diversas menções ao afeto. Porém, não há definição do que seria afeto e afetividade e se são sinônimos ou não. Esses termos, tão recorrentemente utilizados pelos ministros, passaram a ser conceitos bastante abertos, indefinidos. Segundo a análise doutrinária apresentada, está se consolidando a noção de afeto ou afetividade enquanto princípio norteador do direito de família, mais do que enquanto direito conferido e exigível de seus membros, que se confundiria com os deveres de cuidado inerentes à família.

Há, ainda, disputa quanto a outros aspectos do conceito de família, que fogem ao objeto deste estudo, mas que merecem destaque diante das situações apontadas: transferência da definição do que é família para a esfera da Constituição e, assim, via Poder Judiciário, utilização de conceitos não consolidados na legislação, doutrina ou jurisprudência (afeto, direito à felicidade, por exemplo).

Entre os temas que possivelmente serão objeto de debate no direito de família futuro estão a análise constitucional da aplicação integral do regime sucessório dos cônjuges aos companheiros, em complementação à repercussão geral dos temas 809 e 498, em especial quanto ao companheiro ser ou não herdeiro necessário, a possibilidade de reconhecimento de famílias paralelas (superação do princípio da monogamia), a possibilidade de multiparentalidade e a poliafetividade, a título de exemplo. Parece ser uma tendência a constante tentativa de se buscar proteção sob esse instituto, tentando que “os fatos da vida” sejam também abrigados pela família jurídica. A esse movimento, há a reação daqueles que, já protegidos por esse instituto, não querem compartilhar o abrigo de que já desfrutam, seja por alegadamente pretenderem a defesa desse instituto em si mesmo, seja por valores morais.

Por mais que se trate de uma entidade social e jurídica conservadora, no sentido apresentado por Foucault e no sentido econômico de manutenção de riqueza, mesmo grupos considerados progressistas, como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, querem seu alargamento. Talvez porque ainda não haja outro instituto que preveja o reconhecimento social e a proteção jurídica que foram construídos em torno da família. Independentemente de sua razão ou do possível paradigma do conceito de família que se pretenda romper para alargar o conceito,

parece ser importante que essa ruptura aconteça por legítima e efetiva demanda social, como ocorreu no caso do reconhecimento jurídico das famílias de fato que se abrigaram sob o guarda-chuva da união estável, e das famílias homoafetivas, reconhecidas como “fato da vida”, cuja demanda social seguiu caminho parecido com o do reconhecimento da “família informal”.

Para que o direito não esteja fazendo a sociedade voar voo que não é seu, ou lhe empreste carapaça legal que não lhe serve, é imprescindível o aprofundamento dos conceitos que estão sendo albergados pelo direito de família, tais como o afeto e a afetividade, e que haja demonstração de eventual mudança futura ser fundada em critério sólido, como “fato da vida” (qualidade inerente ao ser humano) que não viole direito de terceiros.

REFERÊNCIAS

- ALFAGEME, Ana. Un país que cambia: ha pasado una década. ¿Se ha convertido España en un país más igualitario? ¿Han seguido otros el ejemplo español? ¿Ha devuelto la norma la libertad y la dignidad a este colectivo? *El País*, ed. espanhola, 30 de junho de 2015. Disponível em: <http://politica.elpais.com/politica/2015/06/23/actualidad/1435075099_139603.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.
- BARBAGLI, Marzio. *Sotto lo stesso teto: mutamenti della famiglia in Italia da XV al XX secolo*. Bologna: Il Mulino, 2000.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O direito de família brasileiro no final do século XX. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 87-112.
- BARRETO, Vicente (Org.). Prefácio. In: *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARROS, Sérgio Resende de. O direito ao afeto. *Del Rey Revista Jurídica*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 17, n. 1, p. 105-138, 2011.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BEZERRA, Elton. PSC questiona resolução do CNJ sobre casamento gay. *Consultor Jurídico – Conjur*, 21 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/psc-stf-resolucao-cnj-casamento-homoafetivo#author>>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- BIANCHERI, Rita. *Famiglia di ieri, famiglie di oggi: affetti e legami nella vita intima*. Firenze: Ets, 2012.
- BLIKSTEIN, Daniel. *DNA, paternidade e filiação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano 2012*. Brasília, 2013.
- BROMLEY, P. M.; LOWE, N. V. *Bromley's Family Law*. London: Butterworths, 1987.

BUNAZAR, Maurício. Afeto: visão jurídica. In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Dicionário de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017,

CAHALI, Youssef Said. *Divórcio e separação*. São Paulo: RT, 2005.

CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

CÂMARA, Arruda. *A batalha do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1960.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *A indignidade no direito aos alimentos*. São Paulo: Editora IASP, 2018.

CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio*. São Paulo: Lampião, 1977.

CHARLTON, Brittany M. et al. Changes in reported sexual orientation following US States recognition of same-sex couples. *American Journal of Public Health*, v. 106, n. 12, p. 2202-2204, 2016.

CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

CICU, Antonio. *Il diritto di famiglia: teoria generale*. Roma: Athenaeum, 1914.

COCHRAN, Susan D. et al. Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation in the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11). *Bulletin of the World Health Organization*, v. 92, p. 672-679, 2014.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos & Cia., 1908.

DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: RT, 2011. DIAS, Maria Berenice.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LGBTI*. 6. ed. reformulada. São Paulo: RT, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. São Paulo: RT, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Clube de Autores, 2009.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 113-126.

FALEIROS, Vicente de Paula. Direitos da pessoa idosa: sociedade, política e legislação. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *Os cidadãos na carta cidadã*. Brasília: Senado Federal/Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. v. V. p. 562-592. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-direitos-da-pessoa-idosa-sociedade-politica-e-legislacao>>. Acesso em: 23 jun. 2017

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONTES, Carol. Pai e técnico, Charles deu 1ª prancha e foi 1º a crer em título de Medina: "Dom". *GloboEsporte.com*, 16 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/radica/surfe/noticia/2014/10/pai-e-tecnico-charles-deu-1-prancha-e-foi-1-crer-em-titulo-de-medina-dom.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FRANÇA, Rubens Limongi. Da jurisprudência como direito positivo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, ed. 66, p. 201/222, 1971.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A Lei do Divórcio comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FREUD, Sigmund. *The interpretation of dreams*. Wien, 1900. Disponível em <<http://www.dominipublico.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

GANDRA, Alana. Brasil ocupa 115º lugar em ranking de mulheres na política. *Agência Brasil*, 30 de março de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/brasil-ocupa-115o-lugar-em-ranking-de-mulheres-na-politica>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

GIBSON, Michelle A.; ALEXANDER, Jonathan; MEEM, Deborah T. *Finding out: an introduction to LGBT studies*. Thousand Oaks: Sage, 2014.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado: inclusive o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O direito à privacidade nas relações familiares. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e outro (Coord.). *Direito à privacidade*. Aparecida-São Paulo: Centro de Extensão Universitária/Ideias e Letras, 2005.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. Edição revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HALPERIN, David M. Is there a history of sexuality? *History and Theory*, v. 28, n. 3, p. 257-274, 1989.

HERMOSILLA, Paulo Henrique Garcia. *A existência do casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afeto: um devaneio acerca da ética no direito de família. V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana, São Paulo, 2006. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006. v. 1. p. 425-437.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo*, 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/288/Pressuposto%2C+elementos+e+limites+do+dever+de+indenizar+por+abandono+afetivo>>. Acesso em: 20 maio 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.). *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. São Paulo: RT, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SILVA, Flávio Murilo Tartuce. Famílias contemporâneas (pluralidade de modelos). In: LAGRASTA NETO, Caetano; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Dicionário de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Disciplina Direito de Família: diálogos, aulas “Novos paradigmas do direito de família” e “Afeto como valor jurídico”, 15 de março de 2017, notas de aula. Disciplina ministrada conjuntamente com o professor Dr. José Fernando Simão.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/anthist/.../hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

HOBSBAWM, Eric. *Age of extremes: the short twentieth century 1914-1991*. Londres: Abacus, 1995.

HOBSBAWM, Eric. *A era do capital (1848-1875)*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

IBGE. *Relatório de gestão 2015*, março de 2016. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/disseminacao/prestacaodecontas/relatorio_de_gestao_2015.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2016.

IBGE. *Indicadores sociais mínimos*, [s.d.]. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadores_minimos/conceitos.shtm>. Acesso em: 22 out. 2018.

IPEA. *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. [Revista]. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

IPEA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 4. ed. [Livreto]. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_chefia_familia.html>. Acesso em: 10 nov. 2018.

JOSLIN, Courtney G. Searching for harm: same-sex marriage and the well-being of children. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 46, p. 81-102, 2011.

KER, João; ABEL, João. Bolsonaro assina compromisso pela ‘união entre homem e mulher’. *O Estado de S.Paulo*, São Paulo, 19 out. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/bolsonaro-assina-compromisso-pela-uniao-entre-homem-e-mulher/>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

LAGARDE, Christine. *IMF Direct – The IMF Blog*, 2015. Disponível em: <<https://blog-imfdirect.imf.org/2015/05/28/reigniting-strong-and-inclusive-growth-in-brazil/>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

LIMA, Juliana Maggi. Família, contemporaneidade e conservadorismo: o direito das Famílias. In: MANDELBAUM, Belinda; SARAIVA, Luís Fernando de Oliveira. *Família, contemporaneidade e conservadorismos*. São Paulo: Benjamin Editorial 2017. p. 115-152.

LIMA, Marcia; PRATES, Ian. Desigualdades raciais no Brasil: um desafio persistente. In: ARRETCHE, Marta (Org.). *Trajetórias das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos*. São Paulo: Ed. Unesp/CEM, 2015. p. 163-189.

LINS, Beatriz Accioly; MACHADO, Bernardo Fonseca; ESCOURA, Michele. *Diferentes, não desiguais: a questão de gênero na escola*. São Paulo: Reviravolta, 2016.

LIRA, Ricardo Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 425-467.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCATELLI, Piero. Brancos serão quase 80% da Câmara dos Deputados. *Carta Capital*, Política, 12 de outubro de 2014. Disponível em

<<https://www.cartacapital.com.br/politica/brancos-serao-quase-80-da-camara-dos-deputados-3603.html>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

LOMBARDI, Daniela. *Storia del matrimonio: dal Medioevo a oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2016.

MARCON, Carlos Eduardo. *A interpretação extensiva da família na Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Constituição e homossexualismo: família é aquela que perpetua a sociedade. *Consultor Jurídico*, 12 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-12/constituente-familia-aquela-gera-descendentes-sociedade>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MARTINS, Sandra Regina Carvalho. *União homoafetiva: da invisibilidade à entidade familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política* – v. 1, Livro Primeiro: O processo de produção do capital. São Paulo: Nova Cultural, 1996. t. 1. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_fontes/acer_marx/ocapital-1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MILLER, Neil. *Out of the past: gay and lesbian history from 1869 to the present*. New York: Advocate Books, 2008.

MORAES, José Luiz Souza de. *União entre pessoas do mesmo gênero no direito internacional privado*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MORRIS, Amanda Zoë. *A intenção na determinação da parentalidade*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. *Programa Bolsa Família é exemplo de erradicação de pobreza, afirma relatório da ONU*, 2011. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/programa-bolsa-familia-e-exemplo-de-erradicacao-de-pobreza-afirma-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

NAÇÕES UNIDAS. *Jovens negros são as principais vítimas da violência no Brasil*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-jovens-negros-sao-as-principais-vitimas-da-violencia-brasil/>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

O DIVÓRCIO ESTÁ APROVADO. *Folha de S.Paulo*, 16 de junho de 1977. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_16jun1977.htm>.

PALLADINO, Alfonso; PALLADINO, Vincenzo. *Il divorzio: commento teorico-pratico alla legge sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*. Milano: Giuffrè, 1975.

PEREIRA Lafayette Rodrigues. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Virgílio Maia & Comp., 1918.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Thiago Coacci Rangel. *Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais sobre as homossexualidades no STJ e STF de 1989 a 2012*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito de família: exposição técnica e sistemática do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família – v. I: direito matrimonial*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

PRADO, Camila Affonso. *Os efeitos jurídicos da afetividade nas relações familiares*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, W.; SABINO, C.; ABREU, J. F. *Iniciação científica: destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. p. 313-392.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2017.

REALE, Miguel. As entidades familiares. *Migalhas*, 27 de maio de 2003. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1938,61044-As%2Bentidades%2Bfamiliares>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

RESENDE, Juliana. Europa assiste a ascensão de governantes gays. *Folha de S.Paulo*, Caderno Mundo, 2 de julho de 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/07/1897750-europa-assiste-a-ascensao-de-governantes-gays.shtml>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* YESBelo Horizonte: Letramento, 2017 [e-book].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Ridendo castigat mores. *Do contrato social*, edição eletrônica de 2010. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/contratosocial.html#04>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

RUSCHEINSKY, Aloísio; DEMARI, Melissa. A judicialização das relações familiares: uma análise do fenômeno na perspectiva da sociedade de risco. *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, v. 21, p. 338-359, 2016.

RUSSEL, Stephen, T.; FISH, Jessica N. Mental health in lesbian, gay, bisexual, and transgender (LGBT) youth. *Annual Review of Clinical Psychology*, v. 12, p. 465-487, 2016. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4887282/>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

SANDEL, Michael J. *Justice: what's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

SARACENO, Chiara; NALDINI, Manuela. *Sociologia della famiglia*. Bologna: Il Mulino, 2013.

SCHOTT, Landon. *Gay awareness: discovering the heart of the father and the mind of Christ on sexuality*. Texas: Famous Publishings, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Jeferson Mariano. *Crítica da judicialização da política*. Dissertação (Mestrado em Direito) – IESP/UERJ, Rio de Janeiro, 2011.

SIMÃO, José Fernando. Disciplina Direito de Família: diálogos, aulas “Novos paradigmas do direito de família” e “Afeto como valor jurídico”, 15 e 22 de março de 2017, notas de aula. Disciplina ministrada conjuntamente com a professora Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

SIMÃO, José Fernando. Se Estatuto da Família for aprovado, STF o declarará inconstitucional. *Conjur*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-22/processo-familiar-estatuto-familia-for-aprovado-stf-julgara-inconstitucional>> (a). Acesso em: 20 mar. 2017.

SIMÃO, José Fernando. Tributo a Nelson Carneiro: a luta e a batalha do divórcio (parte 1). *Conjur*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-31/processo-familiar-tributo-nelson-carneiro-luta-batalha-divorcio-parte>> (b). Acesso em: 20 mar. 2017.

SIMÃO, José Fernando. Tributo a Nelson Carneiro: a luta e a batalha do divórcio (parte 2). *Conjur*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/processo-familiar-tributo-nelson-carneiro-luta-batalha-divorcio-parte>> (c). Acesso em: 20 mar. 2017.

SIMÃO, José Fernando. Tributo a Nelson Carneiro: a luta e a batalha do divórcio (parte 3). *Conjur*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-26/processo-familiar-tributo-nelson-carneiro-luta-batalha-divorcio-parte>> (d). Acesso em: 20 mar. 2017.

SINGLY, François de. *Sociologia da família contemporânea*. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direitos público*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TARTUCE, Flávio. *O princípio da afetividade no direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/859>>. Acesso em: 27 maio 2018.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos>>. Acesso em: 27 maio 2018.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-70.

TOLEDO, Fagner Lúcio de. O que é homossexualidade? In: RAMOS, Marcelo Maciel et al. *Gênero, sexualidade e direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 68-78.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*. São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 133-190.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 441-459, 2008.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), 1979.

VILLELA, João Baptista. Família hoje (entrevista). In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 71-86.

VITAL, Ana Flávia. O que é assexualidade? In: RAMOS, Marcelo Maciel et al. *Gênero, sexualidade e direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 124-135.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. Torino: Einaudi, 1992.

Sítios eletrônicos

ABDICATION OF KING EDWARD VIII FAREWELL SPEECH FROM WINDSOR CASTLE – <http://www.bbc.co.uk/archive/edward_viii/12937.shtml>

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO – <<https://www.boe.es>>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS – <<http://www2.camara.leg.br>>

CÓDIGO CANÔNICO – <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – <<http://www.cnj.jus.br>>

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION – <<https://curia.europa.eu>>

DIREITO HOMOAFETIVO – <www.direitohomoafetivo.com.br>

DOMÍNIO PÚBLICO – <<http://www.dominiopublico.gov.br>>

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – <<https://www.echr.coe.int>>

FORO ESPAÑOL DE LA FAMILIA – <www.forofamilia.org>

FREE & EQUAL – <<https://www.unfe.org>>

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – <<http://www.ibge.gov.br>>

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM) – <www.ibdfam.org.br>

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – <<http://www.ipea.gov.br>>

LA MANIF POUR TOUS – <<http://www.lamanifpourtous.fr>>

PORTAL DA LEGISLAÇÃO – <<http://www4.planalto.gov.br/legislação>>

RELIGION EM LIBERTAD – <<http://www.religionenlibertad.com>>

SENADO FEDERAL – <<https://www12.senado.leg.br/>>

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO – <www.sbdp.org.br>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – <www.stj.jus.br>

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES – <<https://www.supremecourt.gov>>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – <www.stf.jus.br>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA – <<http://curia.europa.eu>>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – <www.tjsp.jus.br>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO – <www.tj.ma.jus.br>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – <www.tjrj.jus.br>

UNITED NATIONS – <<http://www.un.org>>

WORLD HEALTH ORGANIZATION – <www.who.int>

ANEXOS

Roteiros de análise do acórdão do REsp 820.475/RJ: possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator)
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? O ministro não enfrentou a questão.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Prejudicado.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? O ministro analisou a existência da família homoafetiva, pois devolveu a questão para as instâncias ordinárias.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não especificamente, mas indicou que o tema estava em franca evolução jurídica e jurisprudencial, diante de mudanças sociais aqui e no mundo.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Não se aplica, o voto foi divergente.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? O ministro não enfrentou a questão.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: § 3º do art. 226 da CF, nem no art. 10 da Lei 9.278/96 ou nos 1.723 e 1.724 do Código Civil.
9. Trechos relevantes: “Da análise dos dispositivos transcritos não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento de união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão somente, o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo” (p. 8). “Uma vez superada a questão de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, prossigam as instâncias ordinárias no julgamento do feito como entenderem de direito” (p. 12). “Sr. Presidente, é importante verificar que essa matéria, evidentemente, está sendo objeto de evolução. Há alguns anos, não se admitiria nenhuma consequência jurídica de uma situação desse tipo. Mas, a sociedade tem mudado. Isso ocorre no mundo todo. Portanto, nossa própria jurisprudência tem se encaminhado no sentido mais ampliativo” (p. 13).
10. Observações: No presente caso, havia uma discussão sobre a existência de possibilidade jurídica ou não no pedido de reconhecimento da união estável. O julgador afastou esse entendimento por considerar que apenas o que está vedado expressamente não seria juridicamente possível e essa questão não está expressamente vedada no § 3º do art. 226 da CF, nem no art. 10 da Lei 9.278/96 ou nos 1.723 e 1.724 do Código Civil.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: REsp 238.715/RS; REsp 148.897/ROSADO; RESPE 24.564/PA; REsp n. 502.995/RN; REsp n. 648.763/RS.

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não, pois o ministro entendeu que a união estável entre pessoas do mesmo sexo seria vedada pela legislação constitucional e infraconstitucional em vigor.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não definiu.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Não reconheceu a família homoafetiva, mas destacou a existência de direitos a casais do mesmo sexo, como patrimoniais, previdenciários, eleitorais.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Prejudicado.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Não.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Sim.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: Art. 226, § 3º, da Constituição Federal, art. 1º da Lei 9.278/96 e arts. 1.723 e 1.724 do Código Civil.
9. Trechos relevantes: “Por enquanto, como preleciona SÍLVIO DE SALVO VENOSA, não há aceitação social majoritária das uniões homoafetivas, ‘que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos à sociedade de fato’. Na real verdade, à luz do direito posto, não há condições de reconhecimento de união estável porque o <i>desideratum</i> dos textos relativos à convivência entre um homem e uma mulher é a constituição de uma família” (p. 18-19). “Concordo plenamente que, em princípio, o direito positivo não veda explicitamente a união entre pessoas do mesmo sexo, exceto a união estável, disciplinada pelo Direito de Família, enquanto não houver mudança no texto constitucional” (p. 19). “No campo da união estável, no entanto, à luz do que dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, art. 1º da Lei 9.278/96 e arts. 1.723 e 1.724 do Código Civil, apenas se reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher. Vale reafirmar: para os demais efeitos – patrimoniais, previdenciários, eleitorais, etc. – não é vedado o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Para fins, entretanto, de união estável como entidade familiar, enquanto subsistente a norma constitucional e as disposições legais em apreço, a vedação existe, carecendo, portanto, o pleito neste sentido de possibilidade jurídica, entendida como tal a falta de amparo no direito material” (p. 20).
10. Observações: O ministro não conheceu o recurso, pois, segundo ele, as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo seriam vedadas.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: 502995/RN; REsp 148.897 citado no REsp 238.715.

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Nenhum.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Prejudicado.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não expressamente declarou que reiterava posicionamento anterior do STJ.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Não.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Sim. Segundo ele, a dualidade de sexos é uma exigência tanto constitucional quanto legal.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: Arts. 1º e 9º da Lei 9.278/96.
9. Trechos relevantes: —
10. Observações: Acompanhou o voto do Ministro Fernando Gonçalves, entendendo pela impossibilidade jurídica do pedido e pelo não conhecimento do recurso.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: 502.995/RN.

MINISTRO MASSAMI UYEDA
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Prejudicado, pois o ministro se ateve à discussão sobre a possibilidade jurídica do pedido de forma processual.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Prejudicado.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Prejudicado.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Prejudicado.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Não.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Entende, a princípio, que não há vedação ao reconhecimento.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: Prejudicado.

9. Trechos relevantes: “A questão nuclear do presente recurso especial gravita em torno da caracterização de impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável a duas pessoas de mesmo sexo” (p. 34).
10. Observações: O ministro acompanhou o voto do min. Antônio de Pádua Ribeiro para conhecer o recurso e anular o processo até a sentença.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: —

MINISTRO LUÍS FELIPE SALOMÃO
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não enfrentou a questão.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Não analisou esse ponto.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não analisou esse ponto.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não informado.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Sim, sem ressalvas.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Admite a possibilidade de reconhecer a família, com argumentos de que o não haveria propriamente proibição.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: Art. 1º da Lei 9.278/96; 1.723 e 1.724 do Código Civil.
9. Trechos relevantes: “Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres. O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu” (p. 33 e 34). “A matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada” (p. 34).
10. Observações: Apresentou doutrina e jurisprudência, analisando ausência de restrição legal expressa, para fundamentar seu entendimento.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: REsp 238.715/RS; ADI 3.300/MC/DF.

Roteiros de análise do REsp 889.852/RJ: parentalidade; adoção unilateral de crianças adotadas por companheira

MINISTRO LUÍS FELIPE SALOMÃO
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Sim.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não definiu o que é família, usou precedentes para demonstrar que a união estável homoafetiva era análoga à união estável heteroafetiva e que não haveria vedação legal a ela, sendo lacuna a ser preenchida pelo Judiciário.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? No presente voto, o ministro se ateve ao debate sobre a possibilidade da adoção, mas destacou que as uniões homoafetivas merecem idêntico tratamento das demais uniões estáveis.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não, apenas assegurou direitos idênticos, no caso concreto, quanto à adoção de filhos já adotados pela companheira.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? O voto vencedor é o voto analisado neste roteiro.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não, entende que não há vedação expressa.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: Art. 43 do ECA, mas benefícios para as crianças com a adoção. Ainda mencionou seu entendimento já anteriormente expressado que os arts. 1.622 e 1.723 do CC e 1º da Lei 9.278/96 e 4º da LICC, art. 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha.
9. Trechos relevantes: “São dois os pontos cruciais para o deslinde da controvérsia submetida a julgamento: a) o primeiro, como antes mencionado, é a situação fática existente, em que a companheira da requerente já havia adotado regularmente as crianças desde o nascimento, e todos convivem em harmonia com a ora pretendente à adoção, porquanto a união de ambas existe desde 1998; b) o segundo, em um viés jurídico, é o fato de inexistir expressa previsão legal permitindo a inclusão, como adotante, do nome da companheira do mesmo sexo nos registros de nascimentos das crianças, nos quais antes constava apenas o nome da companheira que primeiro havia adotado” (p. 10). “Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. É o que se depreende do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (p. 10). “É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento” (p. 12). “É que, ainda que não se reconheça a existência de união estável entre casais homossexuais, o fato é que esse tipo de união deve receber o mesmo tratamento conferido às uniões estáveis, o que afasta a pretensa violação ao artigo 1.622 do Código Civil, que dispunha: ‘Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável’ (tal dispositivo foi revogado pela recente Lei de Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do artigo 42, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentou a necessidade de comprovação da estabilidade da família, preconizando: ‘Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam

<p>casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família’)" (p. 22).</p> <p>"De fato, em vista de as uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores" (p. 22).</p>
<p>10. Observações:</p> <p>O ministro reconheceu que o caso era peculiar, pois não se tratava de uma adoção conjunta, mas de uma adoção unilateral, já com larga convivência da adotante com as crianças, que já tinha sido legalmente adotadas por sua companheira e destacou inexistir previsão legal para adoção de companheira do mesmo sexo, o que não poderia inviabilizar a apreciação judicial do caso.</p> <p>Se pautou na necessária da prevalência dos interesses das crianças e destacou que o acórdão em face do qual havia sido interposto aquele recurso especial tinha apresentado vários estudos que indicavam não haver prejuízo na adoção por casais do mesmo gênero, importando efetivamente outros fatos, como qualidade do vínculo e afeto. O ministro destacou que a afetividade deveria ser analisada no caso com preponderância. O ministro ponderou que eventual denegação a adoção seria prejudicial às crianças, que não teriam proteção integral, porquanto apenas uma das adotantes constava na certidão e nascimento e que, além dos impactos de ordem patrimonial, havia uma questão ética e moral sobre a realidade de fato (na práticas, as duas exerciam tarefas e responsabilidades pela criação das crianças) que não poderia ser ignorada pelo Judiciário.</p> <p>O ministro se atentou em muitos pontos fáticos (crianças estão bem cuidadas, estudam em colégio particular, reconhecem ambas como mães, não sofrem preconceitos, além de ponderar resultados negativos para as crianças em possíveis alterações do cenário fático (morte de uma delas, separação) sem que a adoção fosse deferida. O ministro destacou outros países que autorizavam a adoção por casais do mesmo sexo.</p> <p>Assim, concluiu que, no caso, haveria, nos termos do art. 43, do ECA, mas benefícios para as crianças com a adoção.</p> <p>Ainda mencionou seu entendimento já anteriormente expressado que os arts. 1.622 e 1.723 do CC e 1º da Lei 9.278/96 e 4º da LICC apenas estabeleciam a possibilidade da união estável entre homem e mulher, não havendo proibição expressa para o reconhecimento de qualquer relação, desde que preenchidos os requisitos legais, sendo que no seu entendimento a lei não teria usado expressão restritiva impedindo o reconhecimento da união estável homoafetiva, sendo mera lacuna.</p> <p>Entendeu que os fundamentos do voto apresentado no REsp 820.475/RJ eram aplicáveis ao caso e que "uniões homoafetivas merecerem tratamento idêntico ao conferido às uniões estáveis, a circunstância de se tratar de casal homossexual, por si só, não é motivo para impedir a adoção de menores" (p. 23)</p> <p>O ministro não conheceu o recurso na parte que alegava dissídio jurisprudencial e negou provimento no fundamento da alínea "a".</p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:</p> <p>REsp 1.026.981/RJ; REsp 238.715/RS; ADI 3.300/DF; Recurso Especial 820.475/RJ.</p>

MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
<p>1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?</p> <p>Não tratou propriamente do reconhecimento da família, mas elogiou os termos do voto do relator e seguiu esse entendimento.</p>
<p>2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?</p> <p>Não.</p>
<p>3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?</p> <p>Não especificou, apenas deferiu a adoção, no caso concreto.</p>
<p>4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?</p> <p>Não se aplica.</p>
<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?</p>

O ministro citou o precedente do REsp 820.475/RJ,, em que votou de forma diferente do Min. Luís Felipe Salomão. Contudo, nessa oportunidade, seguiu o voto dele.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Sim, foi no mesmo sentido, apenas destacou que com a adoção se estaria maior proteção à vida e dignidade das crianças.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não abordado.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: Prejudicado.
9. Trechos relevantes: –
10. Observações: O ministro parece confundir orientação sexual e identidade de gênero: “Sr. Presidente, realmente a jurisprudência do STJ vem fortalecendo essa compreensão. Já julgamos processo, salvo engano, de V. Exa., em que admitimos a mudança de sexo no registro de nascimento”.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: REsp 820.475/RJ.

HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJAP1)
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não especificado, mas seguiu voto do relator.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Voto breve, apontando seguimento do voto do relator.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Desconhecido.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Sim, seguiu o voto vencedor. Não houve ressalva, apenas adição do art. 11 do Pacto de San José da Costa Rica, aplicável para que fosse prestigiada a dignidade das crianças.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não aplicável.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: –
9. Trechos relevantes: –
10. Observações: –
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: –

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não expressamente.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Prejudicado.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Prejudicado.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não indicado, mas destaca a relevância do precedente, que seria o primeiro caso daquela turma e que estavam fixando uma orientação, de que, em casos como aquele, o que deveria ser considerado era o melhor interesse da criança.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Sim, sem ressalvas.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não manifestado.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: —
9. Trechos relevantes: <p>“Aproveito a oportunidade para dizer que o fato de ser uma relação homoafetiva não traz nenhuma influência na opção sexual dessas crianças ou na futura opção sexual desses meninos adotados. A experiência nos mostra que isso não tem nada a ver” (p. 27).</p> <p>“Mais interessante, e que merece destaque, é a posição do acórdão, quando diz que o Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, ao recorrer, é incapaz de escrever uma linha sobre essas questões sociais, sobre o interesse dos menores, trazendo apenas leis e questões legais. A indignação fora acolhida do acórdão até pelo Ministério Público Federal, que fala ser nítido manter o interesse dos menores. Então, como se trata do primeiro caso da Turma, devemos ter bem presente que estamos fixando uma orientação. Nesses casos, há de se atender sempre o interesse do menor. E o interesse dos menores aqui, diante da melhoria de sua situação social, é o da adoção” (p. 28).</p> <p>“Então, como se trata do primeiro caso da Turma, devemos ter bem presente que estamos fixando uma orientação. Nesses casos, há de se atender sempre o interesse do menor. E o interesse dos menores aqui, diante da melhoria de sua situação social, é o da adoção” (p. 28).</p> <p>“Srs. Ministros, gostaria antecipadamente de responder a uma crítica. Às vezes, têm-nos assacado com a crítica de que estamos legislando em matéria de Direito de família. <i>Data venia</i>, lembro que toda construção de Direito familiar no Brasil foi pretoriana. A lei sempre veio <i>a posteriori</i>. Com o concubinato foi assim, com a união estável foi assim” (p. 29).</p>
10. Observações: O ministro destacou que a orientação sexual das mães não interferiria no que chamou de “opção” sexual das crianças. Também apresentou argumento de que a adotante no caso em concreto poderia oferecer boas condições do ponto de vista financeiro aos filhos. E, por fim, asseverou que muitas famílias heterossexuais tratam mal os filhos, não havendo porque achar que apenas o fato de as mães viverem em uma relação homoafetiva poderia causar algum dano, que dano seria o a manutenção das crianças em abrigo, sem assistências médica e social. O ministro ainda pediu um esclarecimento para refutar, antecipadamente, críticas de que estariam legislando em matéria de direito de família, afirmando que a lei não proíbe a união estável homoafetiva, não haveria tampouco vedação expressa à possibilidade de adotar e que a referida decisão não avançaria no espaço de competência do legislativo.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: —

Roteiros de análise do acórdão da ADPF 132 e da ADI 4.277 do STF: união estável

MINISTRO: AYRES BRITTO (RELATOR)
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Sim.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? O ministro não define o que é família para fins jurídicos, mas faz várias considerações sobre sua natureza, enfatizando que é uma instituição social complexa muito além de um instituto jurídico, sendo o núcleo principal onde são concretizados os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade, estando intimamente associada à ideia de moradia e asilo inviolável do indivíduo. O ministro expressamente afirma que é insuscetível de definição prévia e hermética. Segundo ele, entidade familiar é a mesma coisa que família, sendo aquele “sinônimo perfeito” (p. 29) dessa. Família é entidade família e não se adequa a nenhuma das outras tipologias de entidades constitucionais.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Não faz restrição a direitos e trata expressamente da possibilidade de adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, respeitadas as demais exigências impostas aos heteroafetivos. Ao final de seu voto, determinou que o reconhecimento da união estável homoafetiva se faz seguindo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união heteroafetiva.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não, afirmou que não pode haver discriminação não trazida. Falou de casamento civil sem indicar se poderia ser realizado por duas pessoas do mesmo gênero. Ao final, determinou fossem reconhecidos todos os direitos inerentes às entidades familiares da união estável heteroafetiva.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Sim.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Entende que não há necessidade da superação do texto literal, pois entende que as disposições sobre o homem e a mulher são exemplificativas, e não requisitos. Assim, entende que não estando esse requisito na norma constitucional, não poderia ser negado o direito ao pleno exercício da orientação sexual
8. Legislação mencionada no voto sobre família: CF, Constituição do Espírito Santo.
9. Trechos relevantes: Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração. (p. 3 do voto). “Pedido de ‘interpretação conforme à Constituição’ do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família” (p. 5 do voto). “Isto para ajuizar, de pronto, que a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo ‘sexo’ é no inciso IV do seu art. 3º. O artigo, versante sobre os ‘objetivos fundamentais’ da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra ‘sexo’ para emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher. Exatamente como se verifica nas três outras

vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201). Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias do gênero humano, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica” (p. 6-7 do voto).

“Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual ‘tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’ (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de direito de não ter dever)” (p. 10 do voto).

“O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que ‘A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação’. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere ‘a liberdade’ e ‘a igualdade’ na lista dos ‘valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)’. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. (...) A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato” (p. 13 do voto).

“Afim, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou ‘homoafetivamente’, como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozoide” (p. 14 do voto).

“Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e § 1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe” (p. 14 do voto).

“(…) o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos” (p. 16 do voto).

“Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir)” (p. 19 do voto).

“Vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Sem embargo de, num solitário parágrafo § 1º do art. 183, referir-se à dicotomia

básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal” (p. 21 do voto).

“Mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilável a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se veem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consanguíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo ‘inviolável do indivíduo’, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional” (p. 21-22 do voto).

“E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar”. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada (p. 22 do voto).

Assim interpretando por forma não reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indistigivelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênica de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos (p. 25-26 do voto).

“que a terminologia ‘entidade familiar’ não significa algo diferente de ‘família’, pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão ‘entidade familiar’ não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da subfamília, família de segunda classe ou família ‘mais ou menos’ (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova ‘entidade familiar’, seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos” (p. 29 do voto).

“E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que ‘entidade autárquica’ não é ‘autarquia’, nem ‘entidade federativa’ é algo diferente de

‘Federação’. Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?” (p. 30 do voto).

“Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” (p. 32 do voto).

10. Observações:

O ministro destacou o uso do termo homoafetividade, que saiu do mundo jurídico para ser adotado até mesmo pelos dicionários. Após, fez considerações constitucionais sobre o uso da palavra sexo, pela Constituição, que, segundo ele, só poderia ser usado para fins de “desigualação jurídica” se fosse em função de determinação constitucional. Entretanto, a Constituição não regulamentou como a sexualidade deveria ser exercida, logo, não se poderia discriminar o homem e a mulher por sua orientação sexual.

O ministro relator afirmou que a orientação sexual estaria em posição de direito fundamental e “bem de personalidade” decorrente do princípio constitucional da dignidade humana, cujo exercício permitiria trilhar o caminho para a felicidade.

O ministro destaca a atual preponderância da afetividade sobre a biologicidade.

O exercício da sexualidade seria livre, em decorrência da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, com a vedação ao tratamento discriminatório, que incidiria também sobre o uso concreto da sexualidade, e porque inserida na esfera da intimidade e da privacidade (arts. 5º, § 1º, e X, CF).

O ministro enfatiza que o entendimento sobre o livre exercício da sexualidade está limitado às situações de “uso emparceirado da sexualidade” (p. 16), afastando qualquer possível alegação de livre sexualidade para imposição de situações degradantes e muito distantes da homoafetividade (como o estupro).

O ministro entende que o tratamento dos homoafetivos deve ser isonômico com o dos heteroafetivos. Para o ministro, o livre exercício da sexualidade está inserido entre os direitos fundamentais, sendo expressão da autonomia da vontade, decorrente do princípio da igualdade e devendo ser considerado cláusula pétrea. Sendo o direito ao exercício da sexualidade cláusula pétrea, o ministro passa a indagar se a Constituição veda aos parceiros homoafetivos em relação estável e prolongada a proteção pela união estável.

Analisando a estrutura normativa da Constituição, o ministro conclui que a parte mais importante no tratar da família é o *caput* do art. 226, que seria a base da sociedade merecedora de especial proteção do estado. A família em seu sentido de núcleo doméstico, tendo sido formalmente ou não constituída, seja por casais hétero ou homoafetivos. “Família em sentido cultural e espiritual ao mesmo tempo” (p. 20 do voto), usando como fundamento para tanto, entre outros (incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e § 12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, a ausência de requisito trazida na instituição do salário família (art. 7º, IV). Ao dedicar proteções à família, o texto constitucional não determinou seu formato (diversidade ou não de gênero) ou a forma de sua instituição, fazendo menção à unidade formada pelo homem e pela mulher apenas para tentar equilibrar os papéis nessa estrutura e corrigir situação que impunha maiores dificuldades às mulheres.

A família, para o ministro, é insuscetível de definição prévia, sendo uma instituição cultural muito além de instituto jurídico, que comporta a afetividade, a solidariedade e a espiritualização das relações humanas, tendo vocação para ser amorosa, parental e protetora de seus membros. É nesse sentido de família que o ministro entende que deve ser lido o art. 226, CF. à família cabem diversos deveres e direitos, sem que a eles seja estabelecido um formato de família. Entretanto, sendo a família um gênero (ou continente, metáfora usada pelo ministro), não podem os dispositivos do art. 226 e seguintes serem interpretados para restringir a apenas aqueles formatos o que é família, devendo a família ser interpretada de forma não reducionista.

Segundo o ministro, o destaque à família matrimonial é uma homenagem à tradição ocidental conferindo “maior prestígio sociocultural religioso” (p. 27) ao modelo matrimonial, também em função de sua publicidade, voltada à perdurabilidade, que visa à própria estabilidade da família.

Segundo o ministro, a menção ao homem e à mulher no tratamento da união estável se justifica pela tradição e o casamento civil se dar entre o homem e a mulher e ao fomento à conversão dessa união em casamento. Também, essa menção visa a igualdade entre

homens e mulheres também no âmbito da família, assim, seria uma tentativa de evitar a inferiorização da mulher pelo homem e não se relaciona com dicotomia entre a heteroafetividade e a homoafetividade, sendo que entendimento em sentido diverso seria o uso do texto constitucional para matar o seu espírito.

A Constituição traz diferentes regras para o casamento e a união estável, mas entre essas não há proibição à sua formação por pessoas do mesmo sexo. Assim, não poderia se impor uma restrição não prevista na norma constitucional.

O ministro usa os termos afeto e afetividade, mas não os define.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

–

MINISTRO LUIZ FUX

1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?

Sim.

2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?

Descreveu a família como sendo para além do modelo matrimonial heteroafetivo com filhos, sendo também monoparental e de casais sem filhos, por exemplo. Veículo de realização dos direitos fundamentais. Definiu a família como sendo a união de pessoas com verdadeiro “amor familiar” (verificado pelas relações de afeto e assistência recíprocos), havendo “comunhão” entre seus membros, um projeto permanente de vida em comum e “identidade”, pela qual os membros sabem que estão unidos por um vínculo indestrutível pelo qual também são identificados pela sociedade.

Destaca que inexistente hierarquia entre os modelos familiares.

3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?

Os mesmos à família heteroafetiva.

4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?

Não, apenas afirmou que o requisito da publicidade da união estável poderia ser eventualmente relativizado, uma vez que a publicidade dessas relações não deve ser exigível na mesma medida que das relações heteroafetivas, pelo preconceito e intolerância que cercam essas relações.

5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?

Não mencionou.

6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?

Seguiu entendimento vencedor sem ressalvas.

7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)?

Entende que a questão não está proibida pelo texto constitucional, há silêncio normativo quanto à família homoafetiva.

8. Legislação mencionada no voto sobre família:

CF.

9. Trechos relevantes:

“a homossexualidade é um fato da vida” (p. 8 do voto).

“(Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades” (p. 9 do voto).

“Como já se sabia em Roma, *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito. A

vexata quaestio, pois, não é saber se as uniões homoafetivas encontram amparo na Constituição e no direito infraconstitucional. Tem-se por sabido que sim. Cuida-se, então, de dizer qual o tratamento jurídico a ser conferido, de modo constitucionalmente adequado, à união homoafetiva, ou melhor, se a estas deve ser estendido o tratamento jurídico dado à união estável entre homem e mulher” (p. 10 do voto).

“Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros” (p. 12 do voto).

“O que, então, caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não” (p. 12-13 do voto).

“O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional” (p. 13 do voto).

“Pois bem. O que distingue, do ponto de vista ontológico, as uniões estáveis, heteroafetivas, das uniões homoafetivas? Será impossível que duas pessoas do mesmo sexo não tenham entre si relação de afeto, suporte e assistência recíprocos? Que criem para si, em comunhão, projetos de vida duradoura em comum? Que se identifiquem, para si e para terceiros, como integrantes de uma célula única, inexoravelmente ligados? A resposta a essas questões é uma só: Nada as distingue. Assim como companheiros heterossexuais, companheiros homossexuais ligam-se e apoiam-se emocional e financeiramente; vivem juntos as alegrias e dificuldades do dia a dia; projetam um futuro comum” (p. 14 do voto).

“Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo ([...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...]) e também no inciso IV do art. 3º (‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’) e, ainda, no art. 5º, *caput* (‘Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, [...]’)” (p. 14 do voto).

“Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais” (p. 15 do voto).

“(...) permitir ao homossexual que o faça nas mesmas condições que o heterossexual é observar o mesmo respeito e a mesma consideração – é atender à igualdade material consagrada na Constituição” (p. 17 do voto).

“Ao invés de forçar os homossexuais a viver de modo incompatível com sua personalidade, há que se acolher a existência ordinária de orientações sexuais diversas e acolher uma pretensão legítima de que suas relações familiares mereçam o tratamento que o ordenamento jurídico confere aos atos da vida civil praticados de boa-fé, voluntariamente e sem qualquer potencial de causar dano às partes envolvidas ou a terceiros. Ressalte-se este último ponto: uma união estável homoafetiva, 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” (p. 19 do voto).

“Saliente-se, ainda, que não se há de objetar que o art. 226, § 3º, constituiria obstáculo à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heterossexuais, por força da previsão literal (‘entre homem e mulher’). Assiste razão aos proponentes das ações em exame em seus comentários à redação do referido dispositivo constitucional. A norma foi inserida no texto constitucional para tirar da sombra as uniões estáveis e incluí-las no

conceito de família. Seria perverso conferir a norma de cunho indiscutivelmente emancipatório interpretação restritiva, a ponto de concluir que nela existe impeditivo à legitimação jurídica das uniões homoafetivas, lógica que se há de estender ao art. 1.723 do Código Civil” (p. 23 do voto).

10. Observações:

O ministro parte de algumas premissas, a primeira é que a homossexualidade é um fato da vida (o que justificou inclusive com dados estatísticos do censo), a segunda é que a homossexualidade é uma orientação predeterminada, não é uma escolha ou opção, sendo uma característica individual que não se configura como patologia ou defeito. A terceira é que ela é não é uma ideologia ou crença. A quarta é que homossexuais também constituem relações contínua e duradouras de afeto e assistência recíproco, compartilhando as vidas. A última premissa é jurídica, de que não há no ordenamento jurídico do Brasil vedação à constituição de uniões estáveis homoafetivas, também destacando a reserva da lei para proibição de condutas (art. 5º, II, CF). Em seu voto, o ministro também destaca ser a homossexualidade um elemento da personalidade.

O ministro destacou que o tema ainda não era pacificado na sociedade brasileira e que aquele julgamento, independentemente do resultado, seria muito polêmico e o papel contramajoritário do STF.

O ministro entendeu que a família, a partir da CF 1988, passou a ser “veículo de realização dos direitos fundamentais” (p. 11), e deixou de ser unicamente biparental com homem, mulher e filhos.

O ministro conceituou ontologicamente a família a partir da utilização de três critérios (amor familiar, comunhão e identidade) e entendeu que não haveria diferença ontológica entre as uniões homoafetivas e heteroafetivas e que, portanto, mereceriam mesmo tratamento jurídico, sendo que todos deveriam ter condições de exercer sua autonomia privada. O não reconhecimento dessa família seria uma injustiça, um desrespeito à igualdade material insculpida na Constituição.

O reconhecimento da união estável homoafetiva também traria segurança jurídica às pessoas que, sem esse reconhecimento, não teriam certeza quanto aos efeitos jurídicos de suas relações.

O ministro destacou a legitimação social das relações homoafetivas nos anos que antecederam o julgamento, dando especial ênfase ao reconhecimento na esfera previdenciária pela via judicial e, após, pela própria via administrativa, citando várias leis estaduais que reconheciam os direitos previdenciários aos parceiros homossexuais de servidores.

Afirmou que os direitos e também os deveres da união estável deveriam ser observados nas relações homoafetivas, com os mesmos requisitos exigidos, apenas podendo-se, eventualmente, relativizar a publicidade da união, diante do preconceito e intolerância que cercam essas relações.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

Pet 1.984, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.02.2003 e ADI 3.300, Rel. Min. Celso De Mello, j. 03.02.2006.

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

1. A ministra reconheceu a família homoafetiva?

Sim.

2. A ministra definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?

Não definiu.

3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?

Os mesmos à união estável heteroafetiva.

4. A ministra restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?

Não, conferiu mesmos direitos.

5. A ministra mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?

Não manifestou nesse sentido.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Seguiu o voto vencedor, não fez ressalvas.
7. A ministra considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não, mas entende que a previsão constitucional reconhece expressamente apenas a união heteroafetiva.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: —
9. Trechos relevantes: “Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito” (p. 6-7). “Daí a escolha da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social” (p. 10 do voto).
10. Observações: A ministra destacou que o art. 1.723 do CC era apenas uma reprodução do art. 226, § 3º, da CF, assim, o próprio dispositivo constitucional tinha que ser analisado. Esse dispositivo, segundo ela, conforme as próprias discussões da Assembleia Constituinte, não era voltado a equiparar a situação da mulher. Contudo, ela entendeu que o reconhecimento expresso da união estável homoafetiva não impedia o reconhecimento da união estável heteroafetiva. A ministra usa o termo opção sexual e de vida, não fazendo distinção sobre ser essa uma característica humana para além da escolha individual.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: —

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Sim.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não definiu.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? O ministro entendeu pela aplicação analógica das regras da união estável, mas apenas daquelas que não exigissem a diversidade de gêneros. Criou uma outra modalidade, diferente da união estável, a “união homoafetiva estável”.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? O ministro não especificou quais direitos e deveres exigiriam a diversidade de gêneros, mas deixou a entender que o casamento seria estaria entre essas hipóteses.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não mencionou.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Acompanhou o voto o relator.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Sim, entende que o art. 226, § 3º, seria aplicável apenas a casais com diversidade de gênero, mas que o rol constitucional de família seria exemplificativo e, assim, permitiria, diante da lacuna legislativa, o reconhecimento das uniões homoafetivas, como outra

modalidade de entidade familiar.

8. Legislação mencionada no voto sobre família:

—

9. Trechos relevantes:

“Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (p. 4 do voto).

“Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário – o que configuraria prática proscriita segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional – mas, como afirmou o Min. Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no RE acima mencionado, cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do próprio legislador constituinte” (p. 4 do voto).

“Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembleia Constituinte a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela, concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de sexo distinto. Confira-se abaixo:

‘O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI:

– Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (*sic*), § 3º. Este parágrafo prevê: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos *gays* és do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no showástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e se no §º: ‘Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembleia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me permitam aprovar pelo menos uma emenda’.

O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:

– Isso é coação moral irresistível.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):

– Concedo a palavra ao relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:

– A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):

– Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):

– Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão.

(Pausa).

Aprovada

(Palmas).

Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente, pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união estável” (p. 5 do voto).

“Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso” (p. 7 do voto).

“Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los” (p. 10 do voto).

“O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo. Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar” (p. 11 do voto).

10. Observações:

O ministro se propôs a traçar o conceito “jurídico-constitucional” da família. Para tanto, retomou os textos constitucionais desde 1937 que reconheciam expressamente apenas a família matrimonial, o que foi rompido pela CF de 1988, que reconhece expressamente a família matrimonial, a formada pela união estável e a monoparental. Segundo ele, a Constituição deixou a regulamentação da união estável para a legislação infraconstitucional e tanto o texto constitucional quanto o art. 1.723 do CC falam na diversidade de gêneros. Assim, para o Ministro Lewandowski, não haveria como se reconhecer a união entre pessoas do mesmo gênero na mesma modalidade das três famílias expressamente reconhecidas no texto constitucional. Ele ainda destacou que A Assembleia Constituinte expressamente entendeu pela união estável apenas entre homem e mulher e que a possibilidade de sua conversão em casamento afastava ainda mais a possibilidade de se reconhecer relação entre pessoas do mesmo gênero naquela modalidade constitucional. Assim, o Ministro Lewandowski passou a questionar como enquadrar, então, o convívio público e duradouro de pessoas do mesmo sexo, com vínculos afetivos. Ele entendeu que não seria uma união estável, mas seria uma quarta modalidade de entidade familiar, não expressamente previsto na Constituição. Essa modalidade existiria em decorrência da efetivação dos “princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise” (p. 6 do voto). Apesar de não se enquadrar como união estável, essa entidade familiar não estaria proibida pelo ordenamento. Assim, para sua definição seria necessária a integração analógica a partir da união estável heteroafetiva, da qual se distinguiria por determinação legal. O ministro destacou entender que o rol constitucional de entidades familiares é exemplificativo e que a família tradicional patriarcal com fortes características patrimoniais, com finalidade de procriar, estaria passando a conviver em “outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes” (p. 10 do voto).

Diante da necessidade de regulamentar uma situação da vida, o ministro propõe, dentro da interpretação analógica, o reconhecimento da “união homoafetiva estável” (p. 12 do voto), conferindo a ela mesmo regramento da união estável, com exceção daquelas que a lei exija a diversidade de gêneros para seu exercício, mas sem esclarecer quais seriam elas.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

—

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?

Sim.

2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?

Não definiu.

3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?

Iguais aos da união estável.

4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?

Não.

5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?
Não.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?
Sim, sem ressalvas.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)?
Entende que o reconhecimento não está no art. 226, § 3º, da CF.
8. Legislação mencionada no voto sobre família:
—
9. Trechos relevantes:
<p>“Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito.</p> <p>Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak” (p. 1 do voto).</p> <p>“Assim, nessa ordem de ideias, eu concordo com o que foi sustentado da tribuna pelo ilustre professor Luís Roberto Barroso, isto é, creio que o fundamento constitucional para o reconhecimento da união homoafetiva não está no art. 226, § 3º da Constituição, que claramente se destina a regulamentar as uniões entre homem e mulher não submetidas aos rigores formais do casamento civil. Dispositivo que, segundo Gustavo Tepedino, representa o coroamento de um processo histórico surgido na jurisprudência cível e que objetivava a inclusão social e a superação do preconceito existente contra os casais heterossexuais que conviviam sem a formalização de sua união pelo casamento” (p. 4 do voto).</p>
10. Observações:
<p>O ministro destacou se tratar de realidade social incontestável que sempre existiu, sendo que antes os homossexuais pediam tolerância da sociedade e, no largo das décadas que antecederam o julgamento, passaram a reivindicar o reconhecimento de suas relações.</p> <p>Destacou a lacuna legislativa. Entendeu que a Constituição foi silente sobre o tema, sem alusão ou proibição às famílias homoafetivas, mas não porque quis excluir a família homoafetiva. O reconhecimento dessas relações, ao revés, decorreria do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da igualdade material consagrada pela Constituição.</p>
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:
—

MINISTRO GILMAR MENDES
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?
Não usa expressamente esse termo, reconhece uniões que merecem amparo.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?
Não definiu.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?
Apenas reconheceu a união, preocupou-se com os desdobramentos desse reconhecimento, sem entrar no mérito de quais direitos e deveres seriam ou não aplicáveis.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?
Indagou especificamente sobre possibilidade de conversão em casamento e filiação, mas não adentrou efetivamente o tema.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?
Não esclareceu.

6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?

Não, reconheceu a união entre pessoas do mesmo gênero, mas com fundamentação distinta, expressamente indicando que a deixava de se manifestar no momento sobre outros desdobramentos do reconhecimento.

7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)?

Sim, o ministro entende que o art. 226, § 3º é claro ao tratar da união estável apenas entre homem e mulher e que se trata de lacuna legislativa.

8. Legislação mencionada no voto sobre família:

—

9. Trechos relevantes:

“Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei, quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição, por isso, apenas é admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto” (p. 4 do voto).

“Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal” (p. 15 do voto).

“Talvez o único argumento que pudesse justificar a tese da aplicação ao caso da técnica de interpretação conforme à Constituição seria a invocação daquela previsão normativa de união estável entre homem e mulher como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como uma proibição decorrente daquele dispositivo. E, de fato, é com base nesse argumento que entendo pertinente o pleito trazido nas ações diretas de inconstitucionalidade” (p. 16 do voto).

“E o texto, em si mesmo, nessa linha, não é excludente – pelo menos essa foi a minha primeira pré-compreensão – da possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não com base no texto legal (art. 1.723 do Código Civil), nem na norma constitucional (art. 226, § 3º), mas com suporte em outros princípios constitucionais.

Todavia eu não diria que isso decorre do texto legal nem que está nele albergada alguma proibição, mas tão somente – por isso que me parece e pelo menos esse seria o meu juízo neste momento – que o único argumento forte a justificar aqui a interpretação conforme à Constituição é o fato de o dispositivo do Código Civil estar sendo invocado para impossibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Do contrário, nós estaríamos a fazer um tipo de interpretação conforme muito extravagante” (p. 16 do voto).

“Faltam leis federais e locais que regulamentem satisfatoriamente a matéria e há divergência de posicionamento das administrações públicas dos entes federativos em acolher ou não pedidos administrativos relacionados à concessão de benefícios ou à proteção de interesses. Esses impasses, por vezes, têm sido levados à apreciação do Poder Judiciário e os tribunais brasileiros vêm adotando posicionamentos distintos, conforme demonstram os documentos juntados aos autos. Há decisões judiciais em que se nega validade jurídica à união homoafetiva (por impossibilidade jurídica do pedido). Em outras situações, reconhece-se a relação como sociedade de fato, no âmbito dos direitos das obrigações. Em outros casos, avança-se para afirmar a união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável no que couber. A depender do entendimento adotado, poderão ser declaradas competentes a vara cível ou a vara de família” (p. 19 do voto).

“Nós vimos recentemente nas últimas eleições nacionais as dificuldades por que passou a então candidata, agora Presidenta Dilma Rousseff, quando teve que, de alguma forma, se pronunciar sobre este tema, fazendo declarações, as mais diversas e muito provavelmente contraditórias, em torno deste assunto, por conta do preconceito que está presente numa parcela significativa da sociedade” (p. 19 do voto).

“Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa

até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade. Além disso, das proposições legislativas e dos debates travados no Parlamento, pode-se notar que parece haver maior consenso relativamente a alguns temas, tais como os efeitos previdenciários da união homoafetiva, ao passo que outros assuntos são bastante controvertidos (como é o caso da adoção de crianças por casais homoafetivos). Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva” (p. 24 do voto).

“A análise exemplificativa do direito estrangeiro, que aqui sintetizei em três casos, evidencia que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo é assunto complexo, que gera diversas discussões e reflexões nos países em que o adotaram. Não apenas antes da edição da norma regulamentadora, que costuma demandar prazo considerável de amadurecimento, mas também após sua entrada em vigor. A extensão das leis que a define e o estabelecimento de algumas restrições indicam que não se trata de assunto simples, mas, sim, de matéria que deve ser bastante deliberada e discutida. Evidencia-se, ainda, haver um papel relevante do Estado em todas as suas esferas (legislativa, executiva, jurisdicional) para concretizar adequada normatização dessa questão” (p. 28 do voto).

“É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional” (p. 28 do voto).

“A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes” (p. 29-30 do voto).

“Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso. Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição. É essencial que deixemos devidamente explicitados os fundamentos constitucionais que demonstram por que estamos fazendo esta leitura diante de um texto tão claro como este, em que se diz: a união estável é a união estável entre homem e mulher. E isso é relevante, diante do fato de alguns entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar o reconhecimento almejado. Portanto, parto da premissa de que aqui há outros fundamentos e direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associados ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo de proteção jurídica para essas relações existentes, com base no princípio da igualdade, no princípio da liberdade, de autodesenvolvimento e no princípio da não discriminação por razão de opção sexual” (p. 31 do voto).

“Não há dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tenha se destacado entre os três Poderes no reconhecimento de uniões homoafetivas e dos direitos que delas advêm, em decorrência da necessidade de exercer a jurisdição, ainda que sem balizas legislativas e regulamentares muito claras. Há algumas decisões que se valeram dos princípios gerais do direito e da analogia com a legislação referente às uniões estáveis heterossexuais, para protegerem parcerias homoafetivas. Essa aproximação já foi feita, inclusive, não apenas para reconhecer direitos daí decorrentes, mas também para ressaltar deveres jurídicos” (p. 36 do voto).

“Como já destaquei anteriormente, a questão da união entre pessoas do mesmo sexo não se restringe apenas a uma exigência de formulação de políticas públicas, mas, sim, ao reconhecimento do direito de minorias, de direitos básicos de liberdade e igualdade. Tais direitos dizem respeito à liberdade de orientação sexual, de desenvolvimento da personalidade e de reconhecimento da união homoafetiva como relação jurídica legítima, e exigem um correspondente dever de proteção do Estado, por intermédio de um modelo

mínimo de proteção institucional, como meio de se evitar uma caracterização continuada de discriminação” (p. 38 do voto).

“Por isso, essa questão da proteção por um modelo institucional de garantia de direitos fundamentais básicos é aqui extremamente relevante, à semelhança do que foi esse exemplo da regulamentação do divórcio. É claro que não são fáceis todos os problemas que decorrem desta opção. E, talvez, seja muito difícil para a Corte fazer todo o elenco de distinções que poderia ocorrer entre a união estável entre homem e mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo” (p. 40 do voto).

“É o que nós temos no caso deste julgamento. O fato de a Constituição proteger, como já destacado pelo eminente Relator, a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo” (p. 44 do voto).

“A meu ver, se não fosse possível resolver a controvérsia aqui posta à luz da aplicação direta da disposição citada, do artigo 226, § 3º, poderíamos, sem dúvida, encaminhar a solução de reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva a partir da aplicação do direito fundamental à liberdade de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da garantia de não discriminação dessa liberdade de opção, em concordância com outros princípios e garantias constitucionais que destaquei na fundamentação deste voto, a saber: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, § 2º). Além disso, é a falta (lacuna) de um modelo normativo de proteção institucional para a união homoafetiva que torna adequada a utilização do pensamento do possível para se aplicar norma existente – em termos de um modelo de proteção institucional semelhante – no que for cabível. Então, a meu ver, é preciso que nós, pelo menos, explicitemos essa questão delicada, porque ela se faz presente no nosso sistema” (p. 50 do voto).

“Nesse sentido, diferentemente do que expôs o Ministro Relator Ayres Britto – ao assentar que não haveria lacuna e que se trataria apenas de um tipo de interpretação que supera a literalidade do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição e conclui pela paridade de situações jurídicas –, evidenciei o problema da constatação de uma lacuna valorativa ou axiológica quanto a um sistema de proteção da união homoafetiva, que, de certa forma, demanda uma solução provisória desta Corte, a partir da aplicação, por exemplo, do dispositivo que trata da união estável entre homem e mulher, naquilo que for cabível, ou seja, em conformidade com a ideia da aplicação do pensamento do possível” (p. 51-52 do voto).

“Por isso, neste momento, limito-me a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos daqueles explicitados pelo Ministro Ayres Britto e, com suporte na teoria do pensamento do possível, determinar a aplicação de um modelo de proteção semelhante – no caso, o que trata da união estável –, naquilo que for cabível, nos termos da fundamentação aqui apresentada, sem me pronunciar sobre outros desdobramentos” (p. 53 do voto).

10. Observações:

O ministro fez considerações sobre a interpretação conforme a constituição, afirmando não ser aplicável essa técnica quando em sentido contrário a texto literal da lei e que deveria se ter cuidado para não se alterar o próprio sentido da lei. A interpretação conforme só seria possível, no caso, porque o texto do art. 1.723 do CC estaria sendo usado para impedir o reconhecimento da união estável homoafetiva e não porque ele mesmo seria inconstitucional, já que com clara reprodução do texto constitucional.

Também destacou que as uniões pautadas na afetividade, contínua e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo são um fato da vida.

Destacou que a ausência de regulamentação traz insegurança tanto na esfera estatal quanto nas relações públicas e privadas, levando a constantes pleitos perante o Judiciário, com

resultados distintos. O ministro destacou os diversos projetos de lei para regulamentar o tema nos quinze anos anteriores ao julgamento, sem conseguir chegar a alguma deliberação sobre o tema.

O ministro destacou as leis estaduais sobre o tema, demonstrando o avanço legislativo estadual em especial no enfrentamento à homofobia. O Ministro fez apontamentos sobre o direito comparado no tratamento à homossexualidade, destacando que poderiam ser repressores, indiferentes ou avançados (protetores), que seria a tendência mundial e destacou as diferentes formas de proteção no estrangeiro e a importância do tempo na construção normativa dessa proteção em alguns países.

Destaca possíveis acusações de ativismo judicial, mas entende que se trata do reconhecimento básico direitos fundamentais a minorias. Destaca a vedação à discriminação, o direito à liberdade, à igualdade. O ministro entende que não é possível se interpretar conforme a constituição em função do próprio art. 226, § 3º, CF, mas que haveria outros fundamentos e direitos fundamentais envolvidos, que justificariam a criação de um modelo jurídico próprio para essas relações, sobretudo, com base nos princípios da igualdade, da liberdade, do autodesenvolvimento e da não discriminação por orientação sexual, dos quais decorre um dever de proteção, que se esvazia com o ausência de legislação e desestimula a atuação efetiva do Executivo, ainda que o ministro tenha destacado diversos avanços nessa esfera de reconhecimento de direitos pela Administração Pública. Ainda, destacou a relevância do Judiciário no reconhecimento de direitos (e também deveres), especialmente à luz da dignidade humana, pela qual não se poderia admitir que ficassem sem proteção tais relações. O ministro reforça a ideia de que o caminho ideal para criação dessa proteção, com políticas públicas, seria o legislativo, mas que, na sua ausência, não poderia deixar totalmente sem proteção jurídica esses casais. Assim, o ministro passa a tratar a questão sob o enfoque da lacuna constitucional e de sua solução no âmbito do controle da constitucionalidade. Entende que a solução da Corte deve ser provisória, de modo a estimular e não inibir a atividade legislativa, devendo ser mantido espaço à solução legislativa, sem equiparação irrestrita à união estável.

O ministro fez um paralelo com o que chamou de movimentação em torno do divórcio, rememorando seus tempos de aluno.

O ministro destaca a liberdade de orientação sexual. O ministro então, afirma que a Constituição não trata da união homoafetiva, mas não a veda. Assim, busco resolver à solução de teoria que evoca: pensamento do possível, que já teria sido aplicado em precedentes do STF e TSE, de outras matérias. O ministro finalizou afirmando estar em acordo, em linhas gerais, com o Ministro Ayres Britto, relator, mas em desacordo com relação à fundamentação, entendendo que existem fundamentos jurídicos para o reconhecimento da união homoafetiva, porém, não com base no art. 226, § 3º, ou do 1.723 do CC, e sim dos princípios e direitos fundamentais da Constituição destacados por ele, recomendando solução provisória do STF, com aplicação das previsões da união estável entre homem e mulher à união estável homoafetiva, no que fosse cabível, dentro da aplicação do pensamento do possível. Destacou indagações sobre possibilidade de conversão ao casamento e filiação. E concluiu que reconheceria a união sem se pronunciar no momento sobre possíveis desdobramentos, seguindo o entendimento do relator, mas por motivos distintos.

O ministro destacou estar prestigiando direitos fundamentais, de direito de minorias, não sendo, assim, uma extrapolação da competência da Corte. Convergiu com o resultado básico do relator, com fundamentação distinta.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564; REsp n. 148.897.

MINISTRO MARCO AURÉLIO

1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?

Sim.

2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?

Não definiu.

<p>3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Assegurou o regime da união estável às pessoas do mesmo gênero.</p>
<p>4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não restringiu.</p>
<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não.</p>
<p>6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Acompanhou o voto o relator.</p>
<p>7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não, e afirma que o art. 226, § 3º, da CF não traz silêncio eloquente.</p>
<p>8. Legislação mencionada no voto sobre família: –</p>
<p>9. Trechos relevantes: <p>“As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual” (p. 5 do voto).</p> <p>“A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família” (p. 6 do voto).</p> <p>“O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. (...) Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemorais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado” (p. 6 do voto).</p> <p>“O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares” (p. 7 do voto).</p> <p>“Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I. Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado ‘constitucionalização do Direito’, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil” (p. 8-9 do voto).</p> <p>“Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial” (p. 9 do voto).</p> <p>“A dificuldade de extrair o exato significado da expressão ‘dignidade humana’ conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma ‘zona de certeza</p> </p>

positiva' no tocante aos elementos essenciais do conceito" (p. 11 do voto).

"Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico" (p. 14 do voto).

"Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei n. 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual" (p. 14-15 do voto).

10. Observações:

O ministro destacou seu entendimento pela necessidade de proteção de homossexuais. Recordou debates sobre a legalização da homossexualidade na Inglaterra nos anos 1950, em que individualidade e autonomia privada se confrontavam com prevalência da moralidade coletiva da época, acabando por prevalecer a primeira corrente. O direito sem moral, assim, como o direito subjugado pela moral, poderia levar a situações trágicas, como o próprio nazismo e a Santa Inquisição. Direito e moral devem andar em paralelo. O ministro destaca que especialmente nas questões de família o direito fica mais sujeito à moral.

Chama a tramitação de projetos sobre o tema sem nenhuma aprovação "falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas" (p. 5 do voto).

O ministro destacou as mudanças no conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, que antes era essencialmente patriarcal, com fins de prole, com submissão da mulher ao homem, mas sem descartar por completo resquícios desse modelo antigo no conceito de família.

O ministro fala no reconhecimento ao direito das famílias, que deixam de ser instituições em si mesmas.

Destaca que a homoafetividade é algo presente na sociedade, ainda que não se tenha consenso sobre sua origem, mas afirma que não se trata de escolha, é algo que compõe a individualidade da pessoa. A união pelo afeto de duas pessoas do mesmo sexo não é apenas de caráter patrimonial, se assim fosse, o afeto entre elas seria considerado reprovável, indigno de respeito da sociedade.

Faz paralelo com o reconhecimento como sociedade de fato daqueles que não eram casados, no regramento anterior, hoje totalmente superados, inclusive com a moralidade comum. Destaca o princípio da dignidade, da pessoa humana como fundamento maior da República, inerente ao planejamento familiar. Destaca proteção jurídica reconhecida pela Corte Interamericana de direitos humanos sobre o "projeto de vida", sendo que o Estado deve auxiliar os indivíduos na realização de seus projetos pessoais de vida, a fim de desenvolverem plenamente sua personalidade. Caso não pudesse formar família, os homoafetivos teriam seus projetos de vida impossibilitados.

Destaca caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, que não podem se submeter à opinião majoritária.

Segundo ele, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, deveria ser reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo, aplicando-se o regramento da união estável.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

—

MINISTRO CELSO DE MELLO
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Sim.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Estando presentes os mesmos requisitos da união estável hétero, a união entre pessoas do mesmo gênero deve ter o mesmo tratamento jurídico.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não, assegurou mesmos direitos e deveres.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não informado.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Acompanhou o voto o relator.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Entende que não há vedação ou lacuna pelo art. 226, § 3º, CF, afasta a estrita literalidade.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: —
9. Trechos relevantes: <p>“Por isso, Senhor Presidente, é que se impõe proclamar, agora mais do que nunca, que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual” (p. 11 do voto).</p> <p>“Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, velar pela integridade dessa proclamação, pois, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – que já se mostra impregnado de densa significação histórica –, estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática” (p. 12 do voto).</p> <p>“Esta decisão – que torna efetivo o princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, que confere primazia à dignidade da pessoa humana e que, rompendo paradigmas históricos e culturais, remove obstáculos que, até agora, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório – não é nem pode ser qualificada como decisão proferida contra alguém, da mesma forma que não pode ser considerada um julgamento a favor de apenas alguns” (p. 13 do voto).</p> <p>“De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido. Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, A existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, ‘Teoria do Ordenamento Jurídico’, p. 143-145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de ‘silêncio eloquente’, capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, ‘como entidade familiar’ (CF, art. 226, § 3º)” (p. 19 do voto).</p> <p>“Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir</p>

suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo Como espécie do gênero entidade familiar” (p. 22-23 do voto).

“O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevalecentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários” (p. 24 do voto).

“Assume papel relevante, nesse contexto, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (...)” (p. 34 do voto).

“Parece-me irrecusável, desse modo, considerado o objetivo fundamental da República de ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (CF, art. 3º, IV), que o reconhecimento do direito à busca da felicidade, enquanto ideia-força que emana, diretamente, do postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, autoriza, presente o contexto em exame, o rompimento dos obstáculos que impedem a pretendida qualificação da união civil homossexual como entidade familiar” (p. 39 do voto).

“Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto” (p. 40 do voto).

“Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo” (p. 49 do voto).

10. Observações:

Destacou a relevância da figura dos *amici curiae*. Destacou o passado colonial com a perseguição da Coroa Portuguesa da homossexualidade também nas Colônias, na época das Ordenações, com penas muito graves, em mesmo sentido da atuação da Igreja.

Entende que há um imperativo constitucional pelo reconhecimento da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar. O reconhecimento da família homoafetiva efetiva o princípio da igualdade, garante liberdade pessoal, autonomia individual e supera tabus e preconceitos que impediam a busca da felicidade dos homossexuais, que recebiam tratamento discriminatório, superando paradigmas antigos e buscando uma ordem jurídica efetivamente inclusiva.

Fala em um direito personalíssimo à orientação sexual e da necessidade de se assegurar direitos em favor de parceiros homossexuais. Vedação ao reconhecimento seria fundada em injustificáveis preconceitos. Destaca o direito à igualdade, liberdade, dignidade, segurança jurídica e a previsão constitucional implícita do direito à busca da felicidade que decorre, implicitamente, do núcleo do princípio da dignidade humana.

Destaca o papel contramajoritário do STF, inclusive face à inércia do Legislativo. Reconhece a importância do princípio majoritário na democracia, mas que não pode suprimir ou aniquilar direitos fundamentais. Destaca que o STF (ADI 3.300-MC/DF – que tratava do tema da união estável homoafetiva, mas que se considerou ter perdido objeto por mudança legislativa) já havia reconhecido o direito à busca da felicidade.

Destaca que o direito à busca da felicidade vem sendo usada pela Suprema Corte dos EUA e constituições nas quais está positivada.

Afirma que com a CF 1988 consolidou-se a existência e o reconhecimento do afeto.

Princípios de Yogyakarta: destaca que todas as pessoas têm direito de constituir família,

independentemente de orientação sexual, devendo os Estado adotarem medidas para garantir tais direitos.

Também afasta possíveis críticas de ativismo.

A Constituição não tolera que maioria desrespeite os interesses de grupos minoritários, mostrando-se legítima a decisão que se estava tomando.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

ADI 3.300-MC/DF.

MINISTRO CEZAR PELUSO

1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?

Sim.

2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?

Não definiu.

3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?

Não especificou.

4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?

Não especificou, mas afirmou se tratar de situação semelhante, porém, não idêntica à da união entre homem e mulher, de modo que nem todas as normas de Direito de Família se aplicariam e que a regulamentação deveria ser feita pelo Poder Legislativo.

5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?

Não menciona.

6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?

Sim, mas ressaltou que sua fundamentação era distinta por entender que havia lacuna legislativa sobre o tema.

7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)?

Entende que há lacuna legislativa que deveria ser preenchida pela analogia, por serem situações similares, mas não análogas.

8. Legislação mencionada no voto sobre família:

—

9. Trechos relevantes:

“Começo por dizer que teria alguma dificuldade de ordem teórica para conhecer das demandas como ações diretas de inconstitucionalidade, não fosse o fato de que o disposto no artigo 1.723 do Código Civil não é reprodução estrita do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. Porque, se o fosse, obstáculo teórico e, a meu ver, constitucional, estaria em que não seria possível cogitar-se de interpretação conforme à Constituição de norma infraconstitucional que se limitaria, nessa hipótese, a reproduzir texto constitucional. Estaríamos, sim, diante de um caso de pura interpretação constitucional, que não poderia ser objeto de ação de inconstitucionalidade sob pretexto de que teríamos que interpretar a própria Constituição de acordo com a Constituição. Mas a diversidade de redação das normas permite, e acho que isto é, de modo muito consistente, a sua racionalidade, a decisão da Corte de conhecer das demandas, exatamente com base na não coincidência semântica entre as duas normas, de tal modo que é possível enxergar o disposto no artigo 1.723 como preceito susceptível de revisão à luz do artigo 226, § 3º, e de outras normas constitucionais, que constam, aliás, como causa de pedir de ambas as demandas” (p. 1 do voto).

“Porque vários elementos de ordem afetiva, no sentido genérico, e de ordem material da união de pessoas do mesmo sexo, guardam relação de comunidade com certos elementos da união estável entre homem e a mulher. Esta a razão da admissibilidade da consideração da união de duas pessoas do mesmo sexo — não mais que isso —, na hipótese de que estamos cogitando, como entidades familiares para efeitos constitucionais e legais” (p. 2 do voto).

“De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se

aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual” (p. 3 do voto).

“O isto o que significa? Que da decisão da Corte, importantíssima, sobra espaço dentro do qual, penso eu, com a devida vênia – pensamento estritamente pessoal –, tem que intervir o Poder Legislativo. O Poder Legislativo, a partir de hoje, deste julgamento, precisa expor-se e regulamentar as situações em que a aplicação da decisão da Corte será justificada também do ponto de vista constitucional. Há, portanto, uma como convocação que a decisão da Corte implica em relação ao Poder Legislativo, para que assuma essa tarefa, a qual parece que até agora não se sentiu ainda muito propenso a exercer, de regulamentar esta equiparação” (p. 4 do voto).

10. Observações:

Segundo o ministro, as normas constitucionais, em especial o art. 226, § 3º da CF são rol exemplificativo e não podem impedir o reconhecimento de outras modalidades de família. Toma para essa afirmação os princípios da dignidade, da igualdade, da não discriminação, para afirmar que na interpretação de todas as normas constitucionais é possível que haja outras entidades a serem tidas juridicamente como familiares. Destaca a semelhança afetiva e material das relações entre homossexuais com a união estável entre homem e mulher. Entende que há uma lacuna legislativa que precisa ser preenchida.

Destacou sua atuação como magistrado do TJSP em que foi pioneiro ao aplicar as normas do direito de família às uniões estáveis enquanto não havia regulamentação sobre o tema, divergindo da então jurisprudência predominante do TJSP que entendia pela aplicação de normas alheias ao direito de família, reconhecendo-as como sociedades de fato.

Assim, entende pela aplicação ao caso das normas de direito de família que se aplicam à união estável entre homem e mulher, mas não todas, porque não são situações absolutamente idênticas, que, portanto, não podem ser equiparadas.

Assim, se alinha que o reconhecimento feito pela Corte deveria ser legislado pelo Poder Legislativo, por serem muitas as previsões que deveriam dela decorrer, impossíveis de serem preenchidas pelas Corte.

Em aparte do Ministro Gilmar Mendes no voto do Ministro Cezar Peluso, afirmam que o reconhecimento imperativo da união por direitos fundamentais comparta regulamentação legislativa. Nesse aparte, o Ministro Ayres Britto referendou haver espaço de atuação do Legislativo mesmo diante desse reconhecimento.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

—

Roteiros de análise do acórdão do REsp 1.183.378/RS do STJ: casamento

MINISTRO LUÍS FELIPE SALOMÃO (RELATOR)
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Sim.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Iguais aos da família heteroafetiva.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não e consignou que se valia dos mesmos fundamentos usados para desempatar o REsp 820.475/RJ, referente à união estável, os quais também deveriam ser aplicados ao casamento.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Sim, voto condutor.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Menciona que houve superação do texto literal no reconhecimento da união estável, mas que tal superação não era necessária no casamento, visto que não prevista a expressão “homem e mulher” quanto ao casamento.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: CF, CC, Lei Maria da Penha.
9. Trechos relevantes: <p>“Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional” (p. 9).</p> <p>“Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam ‘de costas’ para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita” (p. 9).</p> <p>“A concepção de casamento como instituição religiosa ou sacramento, assim também os contornos morais e éticos, do ponto de vista filosófico ou antropológico, evidentemente, não serão objetos de exame no caso em julgamento” (p. 9).</p> <p>“Ressalto que os óbices relativos às expressões ‘homem’ e ‘mulher’, utilizadas pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, e pela Constituição Federal, art. 226, § 3º foram afastados por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal para permitir a caracterização de união estável entre pessoas do mesmo sexo, denominada ‘união homoafetiva’” (p. 11-12).</p> <p>“O próprio STF, no julgamento da ADPF n. 132, sinalizou que o entendimento então adotado poderia mesmo ser utilizado para além da união estável homoafetiva” (p. 12).</p> <p>“A resposta, a meu juízo, passa, necessariamente, pelo exame das transformações históricas experimentadas pelo direito de família e pela própria família reconhecida pelo direito, devendo ter-se também em mente a polissemia da palavra ‘casamento’, o qual pode ser considerado, a um só tempo, uma instituição social, uma instituição natural, uma instituição jurídica e uma instituição religiosa, ou sacramento, ou, ainda, tomando-se em metonímia a parte pelo todo, o casamento significando simplesmente ‘família’” (p. 13).</p> <p>“Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.</p> <p>É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de</p>

aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso. Não pode o Direito – sob pena de ser inútil – pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada ‘família’, muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica” (p. 17).

“Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas” (p. 17).

“(…) pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família” (p. 18).

“De fato, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença” (p. 20).

“Do mesmo modo como ocorreu depois do julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, pela Suprema Corte, não faltarão vozes para arguir o ativismo judicial do Superior Tribunal de Justiça, caso o entendimento ora proposto seja referendado pelo Colegiado da Quarta Turma” (p. 21).

“Vale dizer, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias” (p. 24).

“Nessa toada, enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis” (p. 27).

10. Observações:

O ministro iniciou seu voto se remetendo à origem dos códigos modernos, com o que ficou nítida a separação entre público e privado. Na esfera privada, o valor principal era a autonomia da vontade, ao passo que na pública o fundamento era o limite para o exercício do poder e o reconhecimento de direitos fundamentais verticais e exigíveis.

Segundo o ministro, a superação desse modelo deu ensejo à criação de normas de direito público aplicáveis também nas relações privadas, a publicização do direito privado, citando esferas antes pertencentes ao direito privado: família, propriedade, contrato e trabalho (direitos indisponíveis). Após a publicização, teria ocorrido a constitucionalização do direito civil, com a Constituição de 1988, que ocupou relevância antes do Código Civil.

Destacou que o papel constitucionalmente atribuído ao STJ era de interpretar a legislação infraconstitucional, com vistas às disposições constitucionais

O ministro destacou que o juiz moderno não pode julgar de acordo com suas convicções morais pessoais e religiosas.

Segundo o voto, o acórdão recorrido fez menção expressa aos arts. 1.514, 1.535 e 1.565 do CC e aos termos “homem e mulher”, reciprocamente considerados, para o válido casamento civil e que, ainda que não estivesse expressamente vedado, a lacuna não poderia ser preenchida pelo Judiciário, pois a noção milenar do casamento seria entre o homem e a mulher.

O ministro se remeteu a votos do ministro relator e do Ministro Marco Aurélio na ADPF 132 que indicaria que a dualidade, homem e mulher, poderia também ser superada quanto ao casamento, que sequer continha na CF a expressão “homem e mulher”. O ministro destacou as transformações históricas do direito de família e da própria família para fins de direito, sendo a palavra “casamento” polissêmica – instituição social, instituição natural, jurídica e religiosa e, ainda, uma figura de linguagem para se referir a “família”. As acepções religiosas e morais não interessariam para o direito.

O casamento teria tido, no passado, contornos e funções sociais diferentes; antes da República, o único casamento reconhecido pelo estado era o religioso, católico e somente a

Igreja poderia celebrá-lo, por cerca de três séculos. O voto destaca o decreto 181/1890, que instituiu o casamento civil e destaca que o CC 1916 e as Constituições de 1891 (art. 72, § 4º); 1934 (art. 144); 1937 (art. 124); 1946 (art. 163) e 1969 (art. 175), nas quais o foco da proteção estatal era o casamento em si mesmo, em detrimento da dignidade e igualdade (apenas posteriormente reconhecidos como mais caros à pessoa humana).

1988 inaugura nova fase para o ramo: polimorfismo familiar, arranjos multifacetados podem configurar família e receber especial proteção do estado, com ênfase na dignidade dos componentes da família.

O rol do art. 226 da CF seria exemplificativo.

CF 1988 representa uma ruptura com o conceito histórico de casamento. Concepção constitucional do casamento deve ser plural, como são as famílias. O casamento não é a destinação final da proteção estatal, o casamento passa a ser intermediário da proteção a dignidade da pessoa humana.

A união entre estado e Igreja havia criado, dois séculos antes, o “casamento civil sacramental”, com objetivo de procriação, indissolúvel e heterossexual. Mencionando a teoria tridimensional de Miguel Reale, o ministro entendeu que com a mudança do fato, deve haver uma releitura fenômeno jurídico, sob os novos valores postos.

A previsão constitucional de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em divórcio, enseja apenas o reconhecimento de que a família está melhor protegida pelo Estado quando constituída pelo casamento, sendo que, considerando o pluralismo familiar constitucional, a família deve poder optar qual o meio de se constituir, independentemente de orientação sexual, pois as famílias homoafetivas, tal como a heteroafetiva, é pautada na dignidade de seus membros e no afeto.

O art. 3º, IV da CF proibiria a discriminação por sexo, gênero do qual a sexualidade é uma manifestação, não podendo haver limitação de direitos por tal motivo. A sexualidade estaria protegida pela inviolabilidade, “um espaço tido constitucionalmente como ‘asilo inviolável’” (p. 18).

Destacou que a orientação sexual, para a Lei Maria da Penha, não determinava a ocorrência ou não de violência doméstica. Sustentou que o livre planejamento familiar se manifesta quando duas pessoas desejam formar família e podem escolher livremente a forma para fazê-lo. Com esses argumentos, entendeu que a interpretação dada pela instância inferior aos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do CC seria equivocada, inexistindo vedação expressa, não poderia se reconhecê-la implícita, o que ensejaria aos princípios constitucionais de igualdade, não discriminação, dignidade, pluralismo e livre planejamento familiar.

Assim, se o entendimento do STJ e STF era pelo reconhecimento da união estável homoafetiva, considerando que foram conferidos os direitos inerentes a essa união, deveria ser franqueada a via do casamento e da conversão de união estável em casamento.

Antecipa e refuta críticas ao ativismo judicial e que não se deveria esperar manifestação do legislativo sobre eventual “aceitação social” do casamento homoafetivo, sob pena de se impor limitações à liberdade individual por uma maioria moral.

Ele traz a indagação sobre quem é o povo mencionado no preâmbulo da e no art. 1º, parágrafo único da Constituição. O povo seria conceito plurívoco, diferente de maioria da população votante O estado para ser democrático, deve sê-lo em sua forma e conteúdo.

Reforça que a democracia não é o governo da maioria e que cabe ao Judiciário o exercício do papel contramajoritário, por isso a questão deveria ser solucionada pelo Judiciário e não pelo Legislativo. Assim, a democracia sairia fortalecida, por ser um governo de todos e não de maiorias ocasionais. O ministro destacou que não houve nenhum reconhecimento de direito a homossexuais pelo legislativo e destacou soluções que lhe pareceram interessantes de outros países (como Portugal e Massachusetts/EUA).

Com isso, o ministro deu provimento ao recurso para afastar a diversidade de sexos como impeditivo para a habilitação ao casamento.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF; RE 477554; AgRResp 820.475/RJ; REsp 1085646/RS; REsp 827.962/RS.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTI
1. A ministra reconheceu a família homoafetiva? Sim, de acordo com ADI 4.277, que tem efeito vinculante.
2. A ministra definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Não especificado.
4. A ministra restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não, mas afirmou que no ADI 4.277 o entendimento vinculante seria de que os direitos conferidos aos companheiros heterossexuais devem ser conferidos aos homossexuais.
5. A ministra mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não especificado no voto.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Sim, seguiu o voto vencedor. Não fez ressalva, apenas ressaltou pontos que lhe pareceram importantes.
7. A ministra considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Afirma que houve a superação da menção “homem e mulher”, de forma vinculante, na ADI 4.277.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: CF, CC.
9. Trechos relevantes: “Se o Supremo, intérprete máximo da Constituição, estabeleceu que a menção a ‘homem e mulher’, no art. 226, § 3º, da CF, não exclui, da abrangência do instituto da união estável, as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pelo mesmo motivo, a referência a ‘homem e mulher’, no art. 1.514, do Código Civil, não pode ser interpretado com esta restrição, afirmada inconstitucional pelo STF. O Direito é um sistema lógico e as normas legais devem ser interpretadas em consonância com os parâmetros assentados pelo Supremo, no controle concentrado de constitucionalidade” (p. 28).
10. Observações: Entende que se a união estável homoafetiva foi reconhecida com caráter vinculante, e que assim, por entendimento lógico do controle de constitucionalidade vinculante deve ser reconhecida a possibilidade de conversão de união estável em casamento e o casamento direito de casais homossexuais. Destacou que o casamento é a melhor forma que o estado tem para proteger os indivíduos que compõem a família e a própria sociedade pela oficialização e publicização.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: ADI 4.277: –

MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Sim, conforme entendimento vinculante do STF.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Não mencionado.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não.

5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?
Não informado.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?
Sim, sem ressalvas.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)?
—
8. Legislação mencionada no voto sobre família:
CF 226, CC 1.723.
9. Trechos relevantes:
<p>“A lei e a jurisprudência têm procurado ao longo do tempo ampliar os conceitos sobre a união estável de modo a conferir a ela, em vários aspectos, a mesma extensão e a segurança jurídica do casamento” (p. 30).</p> <p>“Não cabe, pois, ao STJ, em decorrência dos mesmos princípios e valores constitucionais invocados pelo Supremo Tribunal Federal, oferecer restrições ao exercício de direitos pelos homoafetivos, previstos na legislação infraconstitucional, próprios da relação jurídica heteroafetiva, onde se inclui o direito ao casamento e à segurança jurídica que dele advém” (p. 30).</p> <p>“Essa matéria, sem dúvida, enseja incontáveis discussões doutrinárias e jurisprudenciais e o ideal seria que o legislador aprimorasse a correspondente construção legal a propósito do assunto, considerando o atual estágio social e os princípios e valores que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a união estável homoafetiva. No entanto, enquanto isso não ocorre, não se pode prejudicar o jurisdicionado. Nessas condições, cabe a este Superior Tribunal de Justiça decidir o caso concreto, em face da legislação infraconstitucional, de modo coerente e harmônico com a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, levando em conta seus reflexos no âmbito da lei civil (Código Civil, Lei de Registros Públicos, legislação eleitoral, dentre outros diplomas)” (p. 31 do acórdão).</p>
10. Observações:
Afirmou que ainda que a CF tenha reconhecido a união estável, havia entre ela e o casamento diferenças, especialmente de ordem patrimonial. E entendeu que os mesmos fundamentos para o reconhecimento vinculante da união estável eram aplicáveis ao casamento.
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:
ADI 4.277.

MINISTRO RAUL ARAÚJO
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?
Não tratou do tema.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?
Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?
Não conheceu o recurso e não reconheceu nenhum direito específico.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?
Não se aplica.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?
Não se aplica.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?
Não. O ministro divergiu para não conhecer o recurso por entender se tratar de matéria constitucional ainda não apreciada pelo STF.

<p>7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não explicitado.</p>
<p>8. Legislação mencionada no voto sobre família: CF, art. 226, §§ 1º, 2º, 3º e 4º.</p>
<p>9. Trechos relevantes: <p>“Diante de tais previsões constitucionais, não se mostra viável, mediante atuação restrita ao âmbito legal, pretender resolver em sede de recurso especial a questão ora sob exame, pois não se poderia aqui sanar omissão ou interpretar normas que, na essência, revelam-se de cunho eminentemente constitucional, sujeitas, portanto, ao crivo da egrégia Corte Suprema” (p. 33).</p> <p>“Destarte, eventual omissão somente pode ser sanada por interpretação ou integração de normas e princípios insertos na Constituição Federal e, assim, está para além do alcance do Superior Tribunal de Justiça, incumbido da uniformização e interpretação do direito infraconstitucional, o conhecimento do presente recurso especial, cujo mérito traduz tema que passa, necessariamente, pela antecedente análise de normas e princípios constitucionais. A exegese do tema é, preponderantemente, extraída da própria Constituição Federal, e não das normas infraconstitucionais invocadas. E foi o que, <i>data venia</i>, impropriamente, fez o eminente Relator em seu bem elaborado voto” (p. 34 do voto).</p> <p>“No julgamento do presente recurso especial, entendendo atuar sob efeito vinculante decorrente das decisões proferidas nas referidas ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, esta colenda Corte de Justiça, na realidade, está interpretando indevidamente aqueles acórdãos e, possivelmente, ampliando o conteúdo daqueles julgados do Pretório Excelso naqueles feitos. Ali, reconheceu-se a possibilidade de haver união estável entre duas pessoas do mesmo sexo, enquanto aqui se está deliberando acerca de um outro instituto, o casamento civil, o qual não é um mero consectário ou apêndice (acessório) de uma união estável. O tradicional e milenar casamento civil e a inovadora e recente união estável são institutos jurídicos independentes, com previsões constitucionais e regramentos próprios” (p. 36).</p> <p>“Então, não se está aqui apenas aplicando o efeito vinculante decorrente daquelas decisões, mas pretendendo dar-se a uma decisão do eg. Supremo Tribunal Federal uma interpretação legítima, o que, no entanto, transborda dos limites de competência do colendo STJ. Qualquer eventual segura interpretação no sentido de que aquelas decisões alcançariam também o instituto do casamento civil, que tem previsão constitucional própria, merece ser dada apenas pela eg. Corte Suprema”.</p> </p>
<p>10. Observações: <p>O ministro entendeu que a questão era eminentemente constitucional e deveria ser decidida pelo STF. Segundo ele, a legislação infraconstitucional sobre o tema estariam apenas regulamentando normas constitucionais e entidades expressamente reconhecidas no texto constitucional.</p> <p>A interpretação dada pelo STJ ao entendimento do STF era extensiva e, como tal, deveria ser de competência do STF.</p> <p>Ainda afirmou que união e estável (novidade) e casamento (instituição milenar) eram institutos jurídicos próprios, com regramentos jurídicos diferentes.</p> <p>O efeito vinculante alegado pelo relator para o provimento do recurso inexistia, pois o casamento homoafetivo ainda não tinha sido objeto de decisão do STF.</p> <p>O ministro destacou votos dos Mins. Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes na ADPF 132 em que expressamente assentavam que naquela oportunidade se estava decidindo apenas e tão somente a união estável homoafetiva.</p> </p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: ADI 4.277/DF; ADPF 132/RJ.</p>

MINISTRO MARCO BUZZI
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Sim.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Constituição por meio de união estável.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não indicou.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Preliminarmente, não, pois entendeu que o caso deveria ser decidido pelo STF. No mérito, seguiu o relator.
7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não entrou no assunto. Considera a decisão superada pela decisão vinculante do STF.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: Art. 226, CF.
9. Trechos relevantes: <p>“Ora, se o Supremo Tribunal Federal ditou o exato conteúdo do art. 226 da Constituição Federal, vedando distinção jurídica entre casais em razão de sua orientação sexual, por óbvio que todo e qualquer diploma infraconstitucional deverá ser reinterpretedado em consonância ao decidido pela Corte Suprema. Ou seja, a nova orientação constitucional causa impacto direto e imediato em todos os diplomas de inferior hierarquia em vigor no ordenamento jurídico. Isso possibilita aos órgãos fracionários dos Tribunais, valendo-se exatamente daquela mesma linha de exegese constitucional, declarar o novo alcance dos dispositivos legais que tratam do assunto, sem violação à cláusula de reserva de plenário, sobretudo por não deter referida orientação caráter negativo e sim extensivo” (p. 43).</p> <p>“Único argumento de cunho jurídico a obstar o reconhecimento da validade jurídica de tal união!” (p. 45).</p> <p>“De outro lado, o casamento, desde os tempos remotos, constitui-se no instrumento jurídico principal a conferir segurança às relações familiares, pois ele estabelece oficialmente, ante ao ordenamento e à sociedade, os vínculos e deveres conjugais, regime patrimonial, dentre outra elevada gama de obrigações e direitos, garantindo, assim, a plena vida em comum do casal” (p. 46).</p>
10. Observações: <p>Ponderou se era o caso de remessa ao STF, mas entendeu ser a matéria infraconstitucional, nos termos do recurso, a Constituição ao tratar do casamento não proíbe nem autoriza que seja realizado entre pessoas do mesmo sexo. Entendeu que não era o caso de restringir qualquer aplicação do CC, mas de alargá-la.</p> <p>Refutou a tese de que seria necessária uma declaração e inconstitucionalidade do CC para se apreciar a matéria, sendo aplicável técnica de interpretação extensiva. Quis remeter o julgamento para a 2ª Seção do STJ, deixando a cargo do colegiado tal questão.</p> <p>No mérito, afirmou que essa era a única solução possível. Também refuta invasão de competência do legislativo, que seria apenas uma interpretação extensiva e que o STF já havia decidido matéria relativa à proteção familiar de homoafetivos.</p> <p>Assim, suscitou preliminar para remessa para a segunda seção, diante da relevância da matéria e, caso superada a preliminar, no mérito votou com o relator.</p>
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: ADPF 132.

Roteiros de análise do acórdão do REsp 1.281.093/SP: parentalidade; adoção unilateral

MINISTRA NANCY ANDRIGHI (RELATORA)
1. A ministra reconheceu a família homoafetiva? Sim.
2. A ministra definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios a ministra utilizou para definir família? Não definiu.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Reconheceu que o ADI 4.277/ADPF 132 conferiu mesmos direitos à união homoafetiva que à união estável entre homem e mulher.
4. A ministra restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não.
5. A ministra mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Voto vencedor.
7. A ministra considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não expressou.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: –
9. Trechos relevantes: <p>“Cinge-se a controvérsia em dizer se, dentro de uma união estável homoafetiva, é possível a adoção unilateral de filha concebida por inseminação artificial heteróloga, para que ambas as companheiras passem a compartilhar a condição de mães da adotanda” (p. 5 do acórdão).</p> <p>“A situação descrita começa a fazer parte do cotidiano das relações homoafetivas e merece criteriosa apreciação, pois, se não equalizada convenientemente pode gerar – em caso de óbito do genitor biológico – impasses legais, notadamente no que toca à guarda dos menores, ou ainda discussões de cunho patrimonial, com graves consequências para a prole” (p. 6 do acórdão).</p> <p>“A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, trouxe como corolário, a extensão automática, àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional. Sob esse prisma, a litania trazida pelo recorrente, que aborda possíveis limitações ao pleno exercício da cidadania, em decorrência de uma opção sexual, mostra-se amplamente superada pelo julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal” (p. 8 do acórdão).</p> <p>“Assim, não causa espécie, nem pode ser tomada como entrave técnico ao pedido de adoção, a circunstância da união estável ser fruto de uma relação homoafetiva, porquanto esta, como já consolidado na jurisprudência pátria, não se distingue, em termos legais, da união estável heteroafetiva” (p. 9 do acórdão).</p> <p>“É sobre essa que se deve pinçar a conveniência ou inconveniência de um pedido de adoção, apesar de não se ignorar, com essa afirmação, que existam exteriorizações de papéis nas relações de parentalidade, onde se atribui a determinado gênero certas características, que seriam complementares e necessárias ao perfeito desenvolvimento psicossocial do infante. No entanto, um mero perscrutar sobre os papéis atribuídos aos gêneros na criação de filhos, com a exceção daqueles decorrentes dos atributos físicos, mostra o forte componente cultural entremeadado nessa fixação. Tanto assim, que há plena superação dessas atribuições de papéis, nas situações de monoparentalidade, ou mesmo dentro de uma relação tradicional de parentalidade, na qual os atores envolvidos exercem papéis distintos dos usuais” (p. 11 do acórdão).</p> <p>“No particular, é inevitável se contrapor ao argumento para declinar que, <i>in casu</i>, essa diferença persistiria, mesmo se não houvesse a adoção, pois haveria maternidade singular</p>

no registro de nascimento, que igualmente poderia dar ensejo a tratamento diferenciado, circunstância que não se mostra suficiente para obstar o pedido de adoção, por ser perfeitamente contornável e ser suplantada, em muito, pelos benefícios outorgados pela adoção” (p. 12 do acórdão).

“O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva – ou aqueles que têm disforia de gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação jurídica dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos” (p. 15 do acórdão).

“De igual forma, deve, na hipótese sob comento, merecer acolhida a vontade do casal, mesmo porque, é fato que o nascimento da infante ocorreu por meio de acordo mútuo entre a mãe biológica e a agora adotante, e tal qual ocorre nas reproduções naturais ou assistidas homólogas, onde os partícipes desejam a reprodução e se comprometem com o fruto concebido e nascido, também aqui deve persistir o comprometimento do casal com a nova pessoa. E evidencia-se uma intolerável incongruência com esse viés de pensamento, negar o expresso desejo dos atores responsáveis pela concepção, em se responsabilizar legalmente pela prole, fruto do duplo desejo de formar uma família” (p. 16 do acórdão).

10. Observações:

A ministra cindiu o julgamento em duas questões: a possibilidade jurídica de duas pessoas do mesmo gênero adotarem conjuntamente e, posteriormente, análise de conveniência da adoção para a criança.

Afirmou que o julgamento da ADI 4.277/ADPF 132 ensejava efeitos jurídicos plenos às uniões homoafetivas.

Assim, se tal direito era conferido aos heterossexuais, não poderia ser negado aos casais homoafetivos.

Diante disso, superou o primeiro ponto, para reputar juridicamente possível o pedido.

No mérito o MPSP afirmava que seria contra o melhor interesse da criança ter duas mães em seu registro, o que exporia a criança a situação constrangedora.

Sobre esse argumento, a ministra separou a orientação sexual da parentalidade, de modo que aquela não poderia se reputar prejudicial aos filhos.

O duplo gênero não seria requisito à filiação, sob pena de se reputar de segunda classe a filiação monoparental. A ministra destaca que o eventual registro com duas mães poderia causar certo desconforto à criança, da mesma forma que eventual registro em nome de apenas uma mãe. A ministra destacou que o tema da adoção por casais homoafetivos é tema que estava sendo debatido em diversos países, que a permissão seria calcada em duas premissas, a integral cidadania dos homossexuais e o aumento da base daqueles que desejam adotar frente a muitas crianças e adolescentes que aguardam uma família em abrigos.

A biparentalidade seria mais favorável, por melhor refletir a situação fática e maior proteção da criança, seja em caso de falecimento de uma das mães, seja por aspectos patrimoniais, não sendo o caso de se marginalizar essas relações e deixar as crianças desprotegidas.

11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

ADI 4.277/ADPF 132; REsp 889.852/RS.

MINISTRO SIDNEI BENETI

1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?

Sim, em consonância com julgamento ADI 4.277/ADPF 132.

2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família?

Não definiu.

3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?

Os mesmos.

<p>4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?</p> <p>Não, declarou serem os mesmos, nos termos do julgamento do STF.</p>
<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?</p> <p>Não manifestou.</p>
<p>6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?</p> <p>Sim, sem ressalvas.</p>
<p>7. O ministro considera que reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)?</p> <p>Não abordado.</p>
<p>8. Legislação mencionada no voto sobre família:</p> <p>—</p>
<p>9. Trechos relevantes:</p> <p>“Como se vê, é legalmente admitida a adoção do filho de um dos ‘cônjuges ou concubinos’, quer dizer, em união estável, pelo outro, de modo que, dada a união estável homossexual, constitucionalmente assegurada (ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto) entre a ora requerente e a genitora da menor, tem-se a admissibilidade da adoção unilateral da filha desta por aquela” (p. 19 do acórdão).</p>
<p>10. Observações:</p> <p>O ministro consignou que a ADI 4.277/ADPF 132 reconheceu a união estável homoafetiva. A lei entende que pessoas que vivam em união estável podem adotar conjuntamente ou realizar a adoção unilateral de filhos de seus companheiros. Logo, seria admissível a adoção.</p> <p>Registrou possível questões registras, mas que não impediriam o resultado da admissibilidade da adoção.</p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:</p> <p>ADI 4.277/ADPF 132.</p>

Roteiro de análise do acórdão do REsp 1.540.814/PR: parentalidade; restrições à adoção por homossexuais

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (RELATOR)
1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? De forma indireta.
2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não definiu.
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Consignou o direito a solteiros e casais homoafetivos de adotar.
4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não.
5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não.
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor? Voto condutor.
7. O ministro considera que o reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)? Não mencionado.
8. Legislação mencionada no voto sobre família: ECA.
9. Trechos relevantes: <p>“Note-se que essa legislação não veda a adoção de crianças por solteiros ou casais homoafetivos, tampouco impõe qualquer restrição etária ao adotante nessas hipóteses” (p. 4 do acórdão).</p> <p>“A respeito do tema da homoafetividade, vale lembrar que a sociedade, e não apenas no Brasil, vem alterando sua compreensão do conceito de família, como nos casos de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como uma unidade familiar, digna de proteção do Estado” (p. 5 do acórdão).</p> <p>“Assim, nesse contexto de pluralismo familiar, e pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não se vislumbra a possibilidade de haver nenhuma distinção de direitos ou exigências legais entre as parcelas da população brasileira homoafetiva (ou demais minorias) e heteroafetiva. (...) Na verdade, o bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante” (p. 6 do acórdão).</p>
10. Observações: <p>O ministro entendeu que não há na legislação qualquer óbice para que pessoas homoafetivas adotarem, seja como solteiras ou como casais.</p> <p>Também consignou a mudança de paradigma social de compreensão de família e que, dentro do atual pluralismo familiar, diante dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, não poderia haver restrição de direitos ou maiores exigências legais aos homossexuais. (ou outras minorais).</p>
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: REsp 1.183.378/RS; REsp 1.281.093/SP; REsp 889.852/RS.