

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 Alaiçi, 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, gays, 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.

1. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E TERMINOLÓGICAS

A questão-problema a ser enfrentada por este trabalho é a seguinte: quais são os elementos jurídicos que delimitam o conceito vigente de família, de acordo com o entendimento do STF e do STJ a partir do advento da CF de 1988? No intuito de responder a essa questão, propõe-se analisar acórdãos dessas cortes no reconhecimento inédito da família homoafetiva, que supera um dos requisitos historicamente apresentados como essenciais à formação de família, isto é, a dualidade de gêneros.

A revolução burguesa que se desenvolveu desde o século XVIII também repercutiu nos valores morais da sociedade, especialmente no que se refere à diminuição dos núcleos familiares. Por meio de literatura de outros ramos da ciência, em especial das ciências sociais, será buscada a apresentação dos valores burgueses oitocentistas, do recorte de gênero e racial então predominantes, que orientaram a definição jurídica (legal e doutrinária) da família tradicional².

O conceito tradicional de família era baseado nos valores morais vigentes, influenciados por premissas religiosas e com forte aspecto patrimonial. Religião e patrimônio eram fontes recíprocas de sustentação do conceito de família; um argumento sustentava o outro. Havia o interesse em manter os recursos financeiros sob o mesmo tronco familiar (GODOY, 2005, p. 129), e de outro lado havia argumentos religiosos que justificavam tal situação. A mulher devia obediência ao homem, o que permitia que houvesse um líder estabelecido pela “ordem natural” ou por “deus”. O casamento era eterno em vida (assim, o patrimônio não seria dissipado, mesmo motivo pelo qual apenas filhos matrimoniais seriam reconhecidos³), e o patriarca era, em regra, o líder espiritual da família, que ditava as normas religiosas a serem seguidas⁴.

² Art. 229 do Código Civil de 1916: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354)”. A doutrina da época descreve a família como a válida união entre o homem e a mulher, unidos pelo legítimo matrimônio, e sua prole comum. Nesse sentido, Pontes de Miranda (1917); Lafayette Rodrigues Pereira (1918).

³ Nesse sentido, cabe destacar que até 1942 o adultério feminino era punido de forma mais severa que o masculino (punido apenas se a concubina fosse “teúda e manteúda”), pelo maior

Um dos questionamentos do estudo é: o que se considerava como família tradicional? É certo que esse conceito pressupõe a família matrimonial, porquanto a única reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro até 1988, bem como a dualidade de gênero. Porém, serão destacados outros aspectos da chamada família tradicional que foram paulatinamente superados e aos quais não se costuma dar grande destaque, em especial o fato de que essa família, em sua origem histórica, no Brasil, era apenas branca.

A partir do texto constitucional atual, percebe-se de pronto a necessidade de saber quem compõe uma família e como ela se estrutura, para, a título de exemplo, exigir que seus membros com capacidade laborativa auxiliem moral e materialmente as crianças e idosos que se vinculam por laços familiares.

A escolha de selecionar decisões judiciais para estudo dos contornos do conceito de família decorreu da relevância que o Poder Judiciário vem dando, nas últimas décadas, à solução de questões socialmente polêmicas e diante de sua função contramajoritária. Ainda, foi por meio desse Poder que a família homoafetiva foi definitivamente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, em 2011, quando o STF inovou, com efeito *erga omnes*, ao abarcar formação absolutamente estrangeira ao conceito cristão de família.

A opção pela análise de acórdãos do STF e do STJ se fundou nas atribuições constitucionais de cada tribunal. O STF tem como competência principal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CF), norma superior em nosso ordenamento e que instituiu a ruptura jurídica com o modelo uno de família, enquanto o STJ é responsável por verificar o respeito à legislação federal, a tratados e por uniformizar a aplicação da legislação federal (art. 105, III, *a e c*, CF), instrumentos normativos utilizados para a regulação de questões relacionadas ao direito de família, considerando que este está inserido no âmbito do direito civil na divisão de competências legislativas (art. 22, I, CF).

O critério utilizado para a seleção dos acórdãos foi o de serem paradigmáticos para a configuração da família homoafetiva, sendo alguns

risco de haver prole estrangeira ao casamento. Ainda assim, em tal caso, a fim de preservar o tronco familiar, a presunção de paternidade não era ilidida de plano sequer com a confissão de adultério da mulher (arts. 346 do CC 1916 e 279 do Código Penal de 1890 – Decreto n. 847/1890) (BARBOZA, 1997, p. 9).

⁴ Tudo isso se justificava em nome da paz doméstica (TEPEDINO, 1997, p. 54).

conhecidos pela autora no início deste estudo e outros localizados pela busca nos tribunais escolhidos.

Os acórdãos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, em que houve o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, “sinônimo perfeito de família”, nos termos do voto do Ministro Ayres Britto, relator da ADPF 132 (P. 32 do voto do relator da ADI 4.277/ADPF 132), bem como o do Recurso Especial n. 1.183.378/RS, que reconheceu o direito de casal homoafetivo de se casar, foram selecionados por sua notoriedade e ineditismo.

As decisões dos REsp 889.852/RJ, 1.281.093/SP e 1.540.814/PR foram localizadas por meio de pesquisa no *site* do STJ com os termos “família” e “homo\$” e “filiação”. Cada caso trata de uma modalidade de adoção: o primeiro se refere à adoção *intuitu personae*, o segundo à adoção unilateral e o terceiro trata de possíveis restrições à habilitação de adotantes homoafetivos.

O acórdão do REsp 820.475/RJ foi localizado durante o estudo para a elaboração desta dissertação (MARCON, 2012, p. 112), optando-se por sua análise em razão de seu ineditismo no reconhecimento da possibilidade jurídica de ação em que se discutia o reconhecimento de união estável homoafetiva.

Os acórdãos abarcam os temas essenciais da família homoafetiva: direito à sua constituição, formas de constituição (união estável e casamento) e direito à descendência. Não foram localizados acórdãos nesses tribunais sobre homoparentalidade com o uso de técnicas de reprodução assistida.

A hipótese deste projeto de pesquisa é a de que inexistente conceito legal que defina de forma peremptória o conceito de família⁵ e a de que este vem sendo estabelecido pela jurisprudência, com base em parâmetros constitucionais e infraconstitucionais.

A justificativa da importância acadêmica da resposta a essa questão-problema se encontra, como já brevemente antecipado, na especial proteção conferida à família pelo texto constitucional. Seus membros possuem deveres e direitos recíprocos, perante o Estado e terceiros, decorrentes de sua configuração como integrantes de uma família (arts. 229 e 230, *caput*, da CF, por exemplo).

⁵ Nesse sentido, Adriana e Carlos Dabus Maluf afirmam que não há conceito legal de família e que sua conceituação é complexa (2016, p. 24).

Na ausência de um conceito legal hermético e diante da impossibilidade, segundo a hipótese que se adota, de trazer conceito definitivo, especialmente diante da posição de destaque da dignidade da pessoa humana na CF, é de grande relevância a identificação dos parâmetros que definem a família após a superação da exclusividade do casamento como sua origem.

A fim de apresentar o cenário legal e político atual da disputa pela definição do conceito, serão apresentadas políticas públicas e legislação infraconstitucional que trazem elementos que podem auxiliar na conceituação legal de família, além dos projetos de lei em trâmite que tratam do assunto, tais como o Estatuto da Família (PL 6.583/2013) e o Estatuto das Famílias (PLS 470/2013).

A análise dos dispositivos legais e das decisões será feita com base em suporte teórico, representado pela doutrina atual. Esta será confrontada, no que cabível com a literatura jurídica, passando por marcos históricos relevantes para o país, como o período da Independência, a promulgação do Código Civil de 1916, que rompeu com a legislação civil portuguesa (até então em vigor), chegando à Constituição de 1988 e aos reflexos da ruptura com o direito de família anterior, trazida por ela.

O arcabouço teórico que será apresentado não terá o intuito de esgotar a literatura sobre a temática, mas o de apresentar a modificação social no conceito jurídico de família, servindo de suporte para a análise dos elementos utilizados pelos ministros do STF e do STJ na análise dos casos escolhidos para a fixação do conceito. A seleção das referências bibliográficas consultadas buscará variados posicionamentos sobre o tema.

Além das referências bibliográficas de outros ramos da ciência, como mencionado, serão utilizadas referências específicas da área de família e sucessões e de outros ramos do direito, em especial do direito constitucional. O uso de estudos dessa área se justifica pelo fato de a família gozar de proteção constitucional especial, tendo sido alçada a posto de destaque no ordenamento, e também pelo fato de as soluções dos acórdãos analisados se basearem nos princípios e nas disposições constitucionais. Além disso, será apresentado o cenário de outros países sobre o tema, bem como estudos de outras áreas da ciência que tenham como objeto a família homoafetiva.

A questão-problema principal, já apresentada (“quais são os elementos jurídicos que delimitam o conceito vigente de família, de acordo com o

entendimento do STF e do STJ a partir do advento da CF?”), será desdobrada nas seguintes perguntas, que o estudo se propõe a responder:

- (i) Quais foram os critérios utilizados nas decisões das Cortes para a configuração da família homoafetiva?
- (ii) Quais direitos e deveres decorrentes da relação familiar foram destacados pelos julgadores nos acórdãos selecionados?
- (iii) Houve limitação aos direitos assegurados aos casais homoafetivos em relação aos garantidos aos heteroafetivos?
- (iv) Caso a pergunta anterior tenha sido respondida afirmativamente, qual foi a justificativa utilizada pelos ministros para essa limitação?
- (v) Houve ampliação dos direitos assegurados aos casais homoafetivos em relação aos garantidos aos casais heteroafetivos?
- (vi) Caso a pergunta anterior tenha sido respondida afirmativamente, qual foi a justificativa utilizada pelos ministros para essa ampliação?

Para a análise dos acórdãos, elaborou-se um roteiro de questões. Ele será aplicado a cada uma das decisões judiciais selecionadas como relevantes por esta pesquisa. O roteiro é o seguinte:

1. O(a) ministro(a) reconheceu a família homoafetiva?
2. O(a) ministro(a) definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o(a) ministro(a) utilizou para definir família?
3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?
4. O(a) ministro(a) restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?
5. O(a) ministro(a) mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?
6. O voto seguiu o entendimento vencedor? Em caso de resposta afirmativa, houve alguma ressalva no voto não traduzida no entendimento do voto condutor?
7. O(a) ministro(a) considera que o reconhecimento da família homoafetiva supera o literal texto da Constituição/legislação federal (conforme a Corte)?
8. Legislação mencionada no voto sobre família:
9. Trechos relevantes:
10. Observações:
11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:

Com base nesse roteiro, pretende-se analisar de forma qualitativa as decisões selecionadas, a fim de realizar uma abordagem objetiva da questão central a que se propõe este projeto.

A terminologia utilizada neste estudo confere especial atenção à não discriminação, princípio constitucional previsto no art. 3º, IV, da Constituição. Assim, prefere-se usar o termo “gênero” em vez de “sexo biológico”, adotando-se o entendimento de que a identidade de gênero pode diferir do sexo biológico apontado quando do nascimento, sendo construção social e cultural do feminino e masculino, para além das genitálias identificadas quando do nascimento.

Nesse mesmo contexto, adota-se a expressão “orientação sexual”, entendida pela comunidade LGBT⁶ como forma adequada de se referir ao desejo sexual afetivo dos indivíduos. A expressão “opção sexual” é entendida como superada e hoje equivocada, pois a sexualidade das pessoas não é uma escolha, mas sim uma decorrência da natureza de cada indivíduo (COACCI, 2014, p. 25)⁷. Há estudos que buscam identificar a origem genética e/ou social da homoafetividade, termo que será adotado como sinônimo de homossexualidade.

Esses termos são reconhecidos internacionalmente, conforme se observa nos Princípios de Yogyakarta, mas não são pacíficos, como aponta José Luiz Souza de Moraes (2016, p. 19-22)

O termo “homoafetivo” será utilizado com recorrência, em razão de sua aceitação pelo meio jurídico, inclusive pelo STF. Esse neologismo foi criado nos anos 2000, sendo indicada como sua criadora a jurista Maria Berenice Dias⁸, e

⁶ Há divergências quanto ao uso da sigla para identificar as diferentes formas de manifestação de identidade de gênero e orientação sexual. Sem desconhecer a inclusão do I (LGBTI) ou de outras abreviaturas, inclusive internacionalmente, neste estudo se utilizará a sigla LGBT, em razão de ser consolidada, sendo este estudo essencialmente relacionado à orientação sexual contemplada em LGBT (LINS; MACHADO; ESCOURA, 2016, p. 11-12).

⁷ No mesmo sentido, Paulo Roberto Iotti Vechiatti afirma que a noção bastante disseminada segundo a qual a homossexualidade estaria na esfera volitiva, isto é, seria uma “opção sexual”, uma escolha, é entendimento equivocado. Segundo o autor, nenhuma pessoa escolhe sua sexualidade; todos “se descobrem de uma forma ou de outra. Não há ‘escolha’, mesmo porque, se opção houvesse, certamente as pessoas optariam pela orientação sexual mais fácil de ser vivida, qual seja aquela que não sofre com o preconceito social: a heterossexual. Em suma: sexualidade não se escolhe, se descobre” (VECCHIATTI, 2012, p. 79).

⁸ “Cumprir referir, aqui, a pertinência do uso dos termos homoafetividade/heteroafetividade, que receberam algumas críticas. A primeira foi a de que estes termos seriam inadequados para definir uma relação entre duas pessoas porque um filho homem sente *afeto* por seu pai e uma filha mulher *afeto* por sua mãe, existindo, assim, uma relação ‘homoafetiva’; neste caso, sem, contudo, existir atração erótico-afetiva pelo pai ou pela mãe, assim, melhor seria a expressão ‘relação homossexual/heterossexual’ para definir as relações respectivas. Contudo, a crítica faz uma leitura puramente literal do termo, ignorando a obviedade segundo a qual a referência a uma união/relação como *homoafetiva/heteroafetiva* foi cunhada por Maria Berenice Dias com o

por ele se buscou afastar a ideia de promiscuidade, muito associada a homossexuais. O Ministro Ayres Britto adotou o termo e o utilizou em seu voto no julgamento da ADI 4.277/ADPF 132 (LIMA, 2017, p. 119), destacando-se de sua explanação⁹:

O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra “União Homossexual, o Preconceito e a Justiça”, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: “Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais” (*Homoafetividade: um novo substantivo*). (p. 5 do voto do Min. Ayres Britto).

Essas escolhas terminológicas buscam, essencialmente, o respeito às demandas da parte da população com identidade de gênero e orientação sexual fora da normatividade (LGBTs), bem como demonstrar o entendimento de que os gêneros são fatos culturais e não biológicos; esses conceitos também estão sujeitos às transformações sociais.

evidente intuito de destacar o *afeto romântico*, não o *afeto fraterno* que se sente por familiares. (...) a referida terminologia foi criada para justificar a inclusão das uniões entre pessoas do mesmo sexo no âmbito de proteção dos regimes jurídicos da *união estável* e do *casamento civil*, com o intuito de se destacar que as uniões entre pessoas do mesmo sexo são pautadas no mesmo *afeto romântico* que justifica as uniões entre pessoas de sexos opostos. Isso foi feito por conta do preconceito social que afirmava que as uniões entre pessoas do mesmo sexo seriam motivadas por mera luxúria, por puro desejo erótico e não pelo sentimento de *amor sublime* que une duas pessoas de sexos opostos” (VECCHIATTI, 2012, p. 52-53).

⁹ Esse termo é próprio do Brasil e do caminho escolhido pelos defensores da família homoafetiva pelo seu reconhecimento, o qual “ainda não conheceu eco na doutrina e no corpo de normas transnacionais” (MORAES, 2016, p. 22).

2. FAMÍLIA: ENTIDADE MERECEDORA DE ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO

A família é núcleo social tão importante em nossa sociedade que é objeto das mais diversas áreas: psicologia¹⁰, ciências sociais (SINGLY, 2011), direito, economia¹¹ etc. “É a forma mais rudimentar de agrupamento social” (HIRONAKA, 2016, p. 29), sendo tanto um espaço físico quanto imaginário, de relação e local de construção social privilegiado que remete à espontaneidade, naturalidade, afetividade, autenticidade, arquétipo de solidariedade, dentro do qual se desenvolvem as experiências individuais de nascer, desenvolver-se, morrer, de sexualidade e procriação (SARACENO; NALDINI, 2013, p. 9-10).

Por meio da família, o indivíduo se desenvolve enquanto ser humano; é nela que recebe os primeiros cuidados e sua formação moral e social, competindo

¹⁰ O tema foi muito explorado pelos grandes nomes da área do final século XIX e começo do século XX, como Sigmund Freud, cujo conceito de complexo de Édipo, relacionado ao desejo sexual do filho pela mãe, foi um dos grandes pilares de sua teoria: “E, na realidade, existe um motivo na história do Rei Édipo que explica o veredito dessa voz interior. O destino dele nos move apenas porque poderia ter sido nosso próprio destino, porque o oráculo colocou sobre nós, antes de nosso nascimento, a mesma maldição que recaía sobre ele. Pode ser que fôssemos todos destinados a direcionar nossos primeiros impulsos sexuais às nossas mães e nossos primeiros impulsos de ódio e violência a nossos pais; nossos sonhos nos convencem de que sim. O rei Édipo, que assassinou seu pai, Laio, e se casou com sua mãe, Jocasta, não é nada mais que a realização de um desejo – a realização do desejo de nossa infância. Mas nós, mais afortunados do que ele, na medida em que não nos tornamos psiconeuróticos, fomos bem-sucedidos desde nossas infâncias em refrear os impulsos sexuais em relação a nossas mães e esquecer o ciúme que sentimos de nossos pais” (tradução livre desta autora). No original: “And there actually is a motive in the story of King Oedipus which explains the verdict of this inner voice. His fate moves us only because it might have been our own, because the oracle laid upon us before our birth the very curse which rested upon him. It may be that we were all destined to direct our first sexual impulses toward our mothers, and our first impulses of hatred and violence toward our fathers; our dreams convince us that we were. King Oedipus, who slew his father Laius and wedded his mother Jocasta, is nothing more or less than a wish-fulfilment – the fulfilment of the wish of our childhood. But we, more fortunate than he, in so far as we have not become psychoneurotics, have since our childhood succeeded in withdrawing our sexual impulses from our mothers, and in forgetting our jealousy of our fathers” (FREUD, 1900, p. 85).

¹¹ Ainda que não seja o tema do livro, a família, sua organização e as consequências que sofre pelo capitalismo são descritas em *O capital*: “Vossos estatísticos burgueses vos dirão, por exemplo, que os salários médios das famílias que trabalham nas fábricas do Lancashire subiram. Mas se esqueceram de que agora, em vez de ser só o homem, o cabeça da família, são também sua mulher e, talvez, três ou quatro filhos que se veem lançados sob as rodas do carro de Jaguernaut do capital e que a alta dos salários totais não corresponde à do sobretrabalho total arrancado à família” (MARX, 1996, p. 112). Veja-se que a família mencionada por Marx é a monogâmica, heterossexual, procriacional.

aos adultos os cuidados com os que ainda não podem se autogerir, tal como as crianças (art. 227, *caput*, CF) ou os que necessitam de amparo especial, por exemplo, os idosos (art. 230, CF). Os principais fatos da vida, nascer e morrer, estão, em regra, inseridos no contexto familiar.

A família é um meio e um ator político ao mesmo tempo: pode ser um local de emancipação, de desenvolvimento do ser humano, como também uma ferramenta de controle social para manutenção da riqueza dentro de um grupo social específico¹²; pode ser o meio pelo qual se adquire o direito de existir em determinado país, isto é, pela família se pode adquirir determinada cidadania (*ius sanguinis*), e a família atua na própria realidade social enquanto sua configuração impacta na sociedade (exemplo: o crescimento de famílias com apenas um filho leva a uma alteração da relação intergeracional) (SARACENO; NALDINI, 2013, p. 7). Sua configuração independe de formalidades jurídicas, ao contrário do casamento, que depende de celebração solene, sendo um grupo sem personalidade jurídica própria (GOMES, 1999, p. 1; CICU, 1914, p. 82)¹³.

Ao tratar da relevância da família para o desenvolvimento da pessoa humana, Rodrigo da Cunha Pereira ressalta a importância dessa entidade na transição do mundo exclusivamente biológico para o social. Para esse autor, a família seria o núcleo essencial do sujeito, sobre o qual será formada sua estrutura (PEREIRA, 2015, p. 287-288)¹⁴.

A natureza gregária do homem foi e continua a ser objeto de estudo e pesquisa. Por intermédio dos grupos sociais, o homem conseguiu desenvolver suas competências e potencializar seus recursos para sobreviver (DINIZ, 2011, p. 5-6).

¹² Por exemplo, se considerada a conclusão de Thomas Piketty, de que a herança continua sendo meio de manutenção de desigualdade por meio da perpetuação da concentração de riquezas, uma vez que a capacidade de a herança gerar riqueza ainda é maior do que a capacidade de o trabalho de gerar capital (PIKETTY, 2014, p. 368-386).

¹³ “A família não é hoje pessoa jurídica, entidade por si só, sujeito de direitos: o que é opinião absolutamente dominante (...). Não falta, todavia quem tenha ousado afirmar a personalidade jurídica da família, argumentando sobre a unidade de nome, o direito a títulos de nobreza (...)” (tradução livre desta autora). No original: “La famiglia non è oggi persona giuridica, ente a sè, soggetto di diritti: ciò è opinione assolutamente dominante. (...) Non manca, tuttavia chi abbia osato affermare la personalità giuridica della famiglia, argomentando dall’unità di nome, dal diritto ai titoli nobiliari (...)” (CICU, 1914, p. 82).

¹⁴ “(...) sempre haverá, de uma forma ou de outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social. Neste sentido, é que ela é o núcleo básico, fundante e estruturante do sujeito” (PEREIRA, 2015, p. 287-288).

Assim, diversos são os grupos sociais a que o homem pertence ao longo da vida (SUNDFELD, 2004, p. 19). Alguns deles são duradouros e outros são passageiros, como a família e o grupo de empregados de determinada empresa, respectivamente. Apenas alguns merecem específica tutela jurídica, como a família.

Segundo Jean-Jacques Rousseau¹⁵,

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família. As crianças apenas permanecem ligadas ao pai o tempo necessário que dele necessitam para a sua conservação. Assim que cesse tal necessidade, dissolve-se o laço natural. As crianças, eximidas da obediência devida ao pai, o pai isento dos cuidados devidos aos filhos, reentram todos igualmente na independência. Se continuam a permanecer unidos, já não é naturalmente, mas voluntariamente, e a própria família apenas se mantém por convenção (ROUSSEAU, 2010, p. 11).

Porém, essa conformação social não tem formato único, sendo o termo entendido de forma distinta em diferentes sociedades (e o conceito pode não ser uno dentro de uma mesma sociedade) (SARACENO; NALDINI, 2013, p. 9-10)¹⁶, como a nossa atual, em que há disputa pela definição desse conceito. Assim como a sociedade passa por constantes transformações, com o passar o tempo esse conceito também se altera. François de Singly inicia seu livro *Sociologia da família contemporânea* da seguinte forma:

Ao abrir um livro de síntese sobre a família, espera o leitor ou a leitora encontrar, pelo menos, uma resposta clara à pergunta “O que é uma família?”. Não a encontrará, porém, nesta obra, visto que uma das especificidades das famílias contemporâneas é a “fluidez” desta definição. Por exemplo, o desaparecimento progressivo não do casamento mas da sua legitimidade é uma das mudanças mais marcantes na Europa a partir dos anos 1960. Nas estatísticas oficiais da Comunidade Europeia, os casais resultantes do casamento e da união de facto são agrupados na mesma categoria. Em França, os filhos “naturais” (nascidos fora do casamento) e os filhos “legítimos” (nascidos no seio do casamento) são abrangidos pelo mesmo capítulo do Código Civil e não é permitido, para efeitos de herança, discriminar os filhos com base neste critério. (...) A família contemporânea existe menos em

¹⁵ Veja-se o uso do termo “pai” como referência a chefe de família, confundindo-se com a própria noção de família.

¹⁶ “Por outro lado, também em uma mesma sociedade e época podem conviver formas distintas de definir a família não só por motivos de valores, mas por exigências burocráticas, administrativas, das políticas sociais” (tradução livre desta autora). Do original: “D'altra parte, anche in una stessa società ed epoca possono convivere modi di definire la famiglia diversi non solo per motivi di valore, ma per esigenze burocratiche, amministrative, di politiche sociali” (SARACENO, NALDINI, 2013, p. 9-10).

função de critérios formais do que em relação a uma dupla exigência: criação de um quadro de vida onde cada um possa desenvolver-se ao mesmo tempo em que participa de uma obra comum. A família não se tornou, portanto, um espaço sem marcas, sem normas, sem referências, sem lugar. Uma família “boa” (socialmente considerada como tal) é, em última instância, um grupo que permite a pequenos e grandes um reconhecimento de tipo particular: uma “solicitude pessoal” (na linguagem de Axel Honneth) e um apoio por parte dos outros significativos (na linguagem de Peter Berger e Hans Kellner), acompanhados pelo *care* (na linguagem de Carol Gilligan e de Jaon Tronto). Este apoio, esta solicitude e esta validação requerem da parte dos pais competências e práticas capazes de implementar novas formas que enquadrem a família; não são garantidos pela orientação sexual dos pais, a não ser que se confunda reprodução biológica com produção social e psicológica da criança (SINGLY, 2011, p. 7).

Ao tratar da família no século XIX, Friedrich Engels afirma que diferentes sociedades refletem a consanguinidade de forma absolutamente distinta. Em algumas sociedades, o vínculo consanguíneo é relevante, mas não leva às mesmas formas de relação que temos hoje como predominante no mundo ocidental¹⁷.

¹⁷ “Morgan, que passou a maior parte de sua vida entre os iroqueses – ainda hoje estabelecidos no Estado de Nova York – e foi adotado por uma de suas tribos (a dos senecas), encontrou um sistema de consanguinidade, vigente entre eles, que entrava em contradição com seus reais vínculos de família. Reinava ali aquela espécie de matrimônio facilmente dissolúvel por ambas as partes, que Morgan chamava ‘família sindiásmica’. A descendência de semelhante casal era patente e reconhecida por todos; nenhuma dúvida podia surgir quanto às pessoas a quem se aplicavam os nomes de pai, mãe, filho, filha, irmão ou irmã. Mas, o uso atual desses nomes constituía uma contradição. O iroquês não somente chama filhos e filhas aos seus próprios, mas, ainda, aos de seus irmãos, os quais, por sua vez, o chamam pai. Os filhos de suas irmãs; pelo contrário, ele os trata como sobrinhos e sobrinhas, e é chamado de tio por eles. Inversamente, a iroquesa chama filhos e filhas os de suas irmãs, da mesma forma que os próprios, e aqueles, como estes, chamam-na mãe. Mas chama sobrinhos e sobrinhas os filhos de seus irmãos, os quais a chamam de tia. Do mesmo modo, os filhos de irmãos tratam-se, entre si, de irmãos e irmãs, e o mesmo fazem os filhos de irmãs. Os filhos de uma mulher e os de seu irmão chamam-se reciprocamente primos e primas. E não são simples nomes, mas a expressão das ideias que se tem do próximo e do distante, do igual ou do desigual no parentesco consanguíneo; ideias que servem de base a um sistema de parentesco inteiramente elaborado e capaz de expressar muitas centenas de diferentes relações de parentesco de um único indivíduo. Mais ainda: esse sistema se acha em vigor não apenas entre todos os índios da América (até agora não foram encontradas exceções), como também existe, quase sem nenhuma modificação, entre os aborígenes da Índia, as tribos dravidianas do Dekan e as tribos gauras do Indostão. As expressões de parentesco dos tamilas do sul da Índia e dos senecas-iroqueses do Estado de Nova York ainda hoje coincidem em mais de duzentas relações de parentesco diferentes. E, nessas tribos da Índia, como entre os índios da América, as relações de parentesco resultantes da vigente forma de família estão em contradição com o sistema de parentesco. Como explicar esse fenômeno? Se tomamos em consideração o papel decisivo da consanguinidade no regime social de todos os povos selvagens e bárbaros, a importância de tão difundido sistema não pode ser explicada com mero palavreado. Um sistema que prevalece em toda a América, que existe na Ásia em povos de raças completamente diferentes, e do qual se encontram formas mais ou menos modificadas por toda parte na África e na Austrália, precisa ser explicado historicamente – e não com frases ocas, como quis fazer, por exemplo, Mac Lennan. As designações ‘pai’, ‘filho’, ‘irmão’, ‘irmã’, não são simples títulos honoríficos, mas, ao contrário, implicam em sérios deveres recíprocos,

Engels coloca como evolutiva a noção de família. Segundo esse autor, na época que chama de primitiva e até sua época, em certas sociedades, irmãs e irmãos eram também marido e mulher; os indivíduos tinham vários pais e mães e como irmãos e irmãs os filhos também de seus tios e tias (já que também eram considerados seus pais). Assim, a consanguinidade resultava em relações de parentesco diferentes daquelas que temos como padrão atualmente. Mais importante, esse panorama demonstra que desde o século XIX se admitia que o conceito de família não é estático e que a consanguinidade não tem como resultado único a constituição familiar no modelo que se adotou majoritariamente nos países ocidentais, especialmente a partir do século XIX.

Em razão da influência religiosa, em especial cristã, o modelo majoritariamente aceito desde então é o da família matrimonial ou de relação equiparada ao casamento (união estável), monogâmico, integrado também pelos filhos do casal (e mais atualmente também pelos filhos de relações anteriores de cada uma das partes), sendo o casal, via de regra, formado por um homem e uma mulher (o que já vem sendo excepcionado em diversos países).

A influência patrimonial também tem de ser considerada quando analisada a formação do conceito jurídico de família no Brasil. O sistema econômico existente no fim do século XIX e início do XX era baseado na atividade agrária, realizada na propriedade agrícola da família. Essa propriedade era transmitida de pai para filho, de modo a manter o patrimônio no mesmo tronco familiar, o que asseguraria a preservação e o *status* da família (GODOY, 2005, p. 129).

Desde o fim do século XIX e o início do século XX, a sociedade passou por profundas transformações – o fim da escravidão juridicamente aceita, o desenvolvimento do capitalismo, o advento do socialismo, duas Guerras Mundiais, a expansão tecnológica, a emancipação da mulher, a revolução sexual, a urbanização, entre outras –, o que, está por trás das rápidas transformações pelas quais passou a família no período (HOBSBAWM, 1995, p. 320-323)¹⁸.

perfeitamente definidos, e cujo conjunto forma uma parte essencial do regime social desses povos. (...) 'A família', diz Morgan, 'é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente"' (ENGELS, 2009, p. 37-39).

¹⁸ "A melhor abordagem para essa revolução cultural é consequentemente através da família e lares, ou seja, por meio das estruturas das relações entre os sexos e as gerações. Na maior

Chiara Saraceno e Manuela Naldini destacam quatro aspectos com influência na família que tiveram profundas alterações no século XX. O primeiro, a mudança nas relações e na identidade de gênero. O que hoje se entende por masculinidade normativa e, especialmente, feminina passou por muitas mudanças nos últimos cinquenta anos, acarretando modificações na organização cotidiana familiar e no relacionamento entre homens e mulheres. Outro aspecto seria a alteração nos relacionamentos intergeracionais: com uma taxa de natalidade menor, há menos irmãos e irmãs, muitas experiências de filhos únicos, o que, associado ao aumento da expectativa de vida, faz essas diferentes gerações familiares conviverem por mais tempo, com alterações também no tratamento entre gerações, tanto pelo deslocamento da noção de inválido do idoso para socialmente e até profissionalmente ativo quanto pela atual noção de que as crianças são plenamente sujeitos de direitos. O terceiro aspecto destacado pelas autoras é o movimento de convergência e divergência do conceito jurídico entre os diferentes países ocidentais, especialmente na Europa, o que leva a uma pluralização do modo de fazer e entender a família. Por fim, Saraceno e Naldini colocam a crescente importância da família no debate público, tornando-se tema central, com preocupações que vão desde o âmbito demográfico ao reconhecimento da liberdade, da estabilidade e da coesão social (SARACENO; NALDINI, 2013, p. 7-8).

A relevância jurídica da família decorre de seu local de destaque social, por ser reconhecida como núcleo de desenvolvimento e proteção da pessoa humana, garantindo cuidados especiais aos vulneráveis, como as crianças e os idosos. Em razão do reconhecimento social e da relevância de funções a ela atribuídas, os membros de uma mesma família possuem direitos e deveres recíprocos, além de

parte das sociedades isso tem sido incrivelmente resistente a mudanças repentinas, ainda que isso não signifique que tais estruturas fossem estáticas. Além disso, a despeito das aparências que demonstram o contrário, padrões eram globalizados, ou, pelo menos, tinham similaridades básicas em grandes áreas (...) Contudo, na segunda metade do século XX essa ordem básica e duradoura começou a mudar com uma expressiva velocidade, durante todos os eventos ocorridos nos países ocidentais 'desenvolvidos', ainda que de forma desigual, mesmo dentro dessas regiões" (tradução livre desta autora). No original: "The best approach to this cultural revolution is therefore through family and household, i.e. through the structure of relations between the sexes and generations. In most societies this had been impressively resistant to sudden change, though this does not mean that such structures were static. Moreover, in spite of appearances to the contrary, patterns were worldwide, or at least had basic similarities over very wide areas (...). Yet in the second half of the twentieth century these basic and long last arrangements began to change with express speed, at all events in the 'developed' Western countries, though unevenly, even within these regions" (HOBBSAWM, 1995, p. 321).

terem assegurada especial proteção do Estado enquanto grupo. Diante da natureza ímpar dessa formação, aos parentes são assegurados direitos de ordem patrimonial (como herança e alimentos) e não patrimonial (tal como a convivência familiar e o uso do nome) (LIMA, 2017, p. 117-120)¹⁹.

Em razão dessa importância social, cultural e histórica, com fundamentos religiosos e patrimoniais, a família vem recebendo do Estado brasileiro especial proteção jurídica desde o início do século XX. Assim, cumpre entender o que é família para fins jurídicos.

Essa tarefa é de difícil realização em um momento em que se considera superado o monopólio da família tradicional. O termo “família” é complexo, polissêmico; seu estudo ao longo do tempo é de difícil apreensão²⁰, uma vez que a mesma palavra é usada para remeter a formações sociais bastante distintas entre si, sujeitas à realidade de determinada sociedade em certo período (BLIKSTEIN, 2008, p. 7; SARACENO; NALDINI, 2013, p. 10-11; BIANCHERI, 2012, p. 7; BARBAGLI, 2000, p. 13).

Ao mencionar a incerteza da definição jurídica de família em diferentes âmbitos legais e o vocabulário inerente a esse conceito, Chiara Saraceno e Manuela Naldini destacam a multiplicidade de discursos que definem o que é família: religioso, moral, legal, da tradição, entre outros (2013, p. 10).

Não sendo o conceito unívoco do ponto de vista histórico ou sociológico, o direito deve acompanhar essas mudanças, sempre, por sua natureza, um passo atrás da sociedade, "pois que não é o direito que faz viver a sociedade, é preciso

¹⁹ A relevância da família é imensa. Historicamente, era por meio dela que se entrava ou saía de um grupo social (especialmente as mulheres, que acompanhavam a família do marido ao se casarem). Assim, a disputa jurídica atual por esse conceito (ainda que mais relevante no corpo social e mais publicamente intensa que no passado) não é algo novo. Marzio Barbagli relata práticas comunitárias de repúdio a violações a determinadas regras sociais relacionadas ao conceito de família, tal como se casar com pessoa de fora da comunidade (BARBAGLI, 2000, p. 377-379).

²⁰ “A palavra família é uma que é difícil, senão impossível, de definir. Em um contexto, significa todas as pessoas ligadas pelo sangue ou casamento, em outros, significa todos os membros que habitam conjuntamente, incluindo os pais os filhos e talvez pessoas com outras relações, como os inquilinos e os empregados. (...) Essencialmente, a família pode ser considerada uma unidade social básica constituída por pelo menos duas pessoas” (tradução livre desta autora). No original: “The word family is one which it is difficult, if not impossible, to define. In one sense it means all persons related by blood or marriage; in another it means all the member of a household, including parents and children with perhaps other relations, lodgers and even servants. (...). Essentially, the family may be regarded as a basic social unit constituted by at least two people” (BROMLEY; LOWE, 1987, p. 1). Cabe observar que, apesar da dificuldade apontada de definir o que é família, esses autores entendem que existe apenas a família heterossexual.

que a sociedade faça viver o seu direito, quebrando ou alargando a carapaça legal ou jurisprudencial que lhe comprime o livre voo" (CRUET, 1908, p. 81).

Até a Constituição de 1988, família era sinônimo de matrimônio, mas tal texto constitucional rompeu com esse monopólio, trazendo expressamente a família matrimonial (art. 226, §§ 1º e 2º), a decorrente de união estável (art. 226, § 3º) e a monoparental (aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes – art. 226, § 4º). Com a ruptura desse paradigma, a conceituação jurídica de família se tornou especialmente difícil, por haver “multiplicidade e variedade de fatores, de maneira que é impossível determinar um modelo familiar uniforme” (MARCON, 2012, p. 38).

Vicente Barreto organizou, no fim da década de 1990, livro sobre as novas formações familiares. No prefácio, ele afirma que se trata de uma reunião de textos sobre “a nova família” (BARRETO, 1997). Ele também reconheceu haver um fato social novo “novas formas de relações familiares” (BARRETO, 1997), debatidas pela sociedade e entre juristas, o que seria uma mudança radical em relação ao modelo tradicional de família do direito civil clássico. O autor destacou profundas mudanças na família nos vinte anos que antecederam aquele livro, ensejando uma reformulação do conceito, e quais seriam as relações que se configurariam como família – tema que era alvo de questionamento jurídico e social.

Esse questionamento, ainda que tenha algumas respostas hoje consolidadas, parece seguir válido.

2.1 A construção jurídica do conceito tradicional de família no século XIX e mudanças de paradigmas que a originaram

Do século XIX até o início do século XX, o termo “família” tinha um significado que hoje não mais subsiste (GOMES, 1999, p. IX)²¹. Naquele período

²¹ “O terreno das relações de família está profundamente revolvido por fato novo, cujas consequências ainda não foram devida e precisamente medidas e apreciadas, mas que repercutem de modo decisivo na organização social e jurídica do grupo familiar. Este fato novo é a emancipação econômica da mulher. Foi o sistema capitalista de produção que, incontestavelmente, o determinou, mas, somente neste século, com a industrialização em larga escala, é que se consolidou em condições irreversíveis, numa escola insuspeitada. (...) Enquanto a mulher permaneceu sob a total dependência econômica do homem, aceitou sua dominação absoluta. (...) A incorporação da mulher à atividade produtiva, verificada neste

e antes dele, a família que se denominava tradicional era essencialmente patriarcal, dirigida pelo homem, a quem a mulher e os filhos legítimos ou legitimados menores deviam obediência quase absoluta; tratava-se de entidade de caráter patrimonial, como se vê pela transmissão de riqueza obrigatória com a herança legítima (ainda existente, que visava, originalmente, garantir a perpetuação do poder econômico da família)²², e de caráter religioso, tanto que o casamento era, a princípio, apenas religioso. Aliás, justamente pelo fato de o casamento religioso ser reconhecido pelo Estado, o matrimônio tinha fins de reprodução, seja por questões religiosas ou para obtenção de mais mão de obra (PONTES DE MIRANDA, 1917, p. 200; GODOY, 2005, p. 129; GLANZ, 2005, p. 4 e 13)²³⁻²⁴.

Na concepção tradicional de família, era por meio do casamento que se constituía essa entidade, que se legitimavam as relações sexuais (FOUCAULT, 1988, p. 9) e que se gerava prole para fins, inclusive, de obtenção de mão de obra para a unidade de produção familiar, sendo uma união de especial consideração em razão de sua origem religiosa e da estruturação social em torno dela. Os filhos (legítimos) de brancos eram vistos como propriedade de seus pais, sujeitos, inclusive, a punições e castigos físicos (TEPEDINO, 1997, p. 53), enquanto os filhos de negros eram de propriedade do proprietário de seus pais.

A concepção de família que se denomina tradicional é, portanto, branca, uma vez que, quando da construção do conceito, os negros e indígenas ainda

século, em escala social, teve, como ninguém desconhece, profundas repercussões na vida familiar, influenciando na sua situação jurídica. Progride, sem dúvida, a convicção de que é preciso pôr termo à injusta condição de inferioridade da mulher que os Códigos ainda chancelam. Mas não poucos reagem à ideia da plena igualdade jurídica dos cônjuges. A aceitação dessa igualdade subverte a concepção tradicional de governo da família, entranhada nos espíritos pela força da inércia” (GOMES, 1999, p. IX).

²² Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, sobre o aspecto patrimonial da família tradicional: “(...) compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 4).

²³ “Os filhos eram, na visão de todos, bons investimentos, e como tal eram saudados. Quanto mais, melhor. Além disso, dizia a voz da razão, era uma aposta: a expectativa de vida era curta e todos se perguntavam se o recém-nascido viveria o suficiente para que suas contribuições à renda familiar pudessem se fazer sentir” (BAUMAN, 2004, p. 28).

²⁴ Na doutrina do século XX, mesmo após a CF 88, o casamento se confundia com a noção de família: “No *Direito de Família* regem-se precipuamente as relações oriundas do *casamento*, fonte única da *família* legítima, mas daí não se segue que a lei deva desconhecer a *união livre* entre pessoas que permanecem juntas para os mesmo fins do matrimônio” (GOMES, 1999, p. 1).

estavam sujeitos à escravidão jurídica em grande parte dos países ocidentais – e assim permaneceram até o século XIX²⁵. A afirmação de que o conceito de família era o da família branca se demonstra, no Brasil, por exemplo, pelo fato de que os filhos de escravas nasciam escravos, portanto, eram propriedade dos donos de suas mães. Mesmo após a Lei 2.040, de 1817, conhecida como Lei do Ventre Livre, a liberdade dos filhos de escravas era teórica, pois eles permaneciam sob a autoridade dos senhores de suas mães, que poderiam usar seus serviços a partir dos oito até os 21 anos de idade (art. 1º, § 1º). Assim, as relações familiares não eram juridicamente aplicáveis aos negros como eram aos brancos.

É a partir do reconhecimento de que não há uma categoria universal de mulher, mas uma pluralidade que pode ser analisada a partir de leituras interseccionais desse conceito (RIBEIRO, 2017, posição 80), que se evidencia a formação excludente do conceito tradicional de família. Dentro do questionamento proposto por Djamila Ribeiro sobre o fato de que há “histórias [que] não são contadas” (RIBEIRO, 2017, posição 95), podemos discutir que relações de pessoas negras, ainda que heterossexuais, não eram vistas como família, e o reconhecimento da desigualdade racial permite uma releitura do que temos por conceito tradicional de família.

O fim jurídico da escravidão deve ser tido também como um dos fatos históricos que exerceram forte impacto na modificação do conceito de família, tal como a luta feminista, que começou a surgir no início do século XIX, em paralelo, e, por vezes, associada, à luta antiescravagista, especialmente nos Estados Unidos. Ainda que unidas por um mesmo recorte social (gênero feminino), a realidade de mulheres brancas e negras era tão distante quanto o fato de uma ser

²⁵ E em alguns permaneceram até o século XX, como na Nigéria, sendo certo que o fim jurídico da escravidão não resultou no imediato fim social de seus reflexos (ou mesmo no efetivo fim da escravidão), isto é, na efetiva inclusão das pessoas negras na sociedade dominada pelos brancos, o que até hoje não ocorreu plenamente, como se depreende de dados estatísticos. Ainda que tenha ocorrido a igualdade jurídica entre negros e brancos e que a aqueles tenha sido assegurado o direito a constituir família, o Brasil ainda é um país com forte desigualdade racial, cujas normas e conceitos jurídicos são essencialmente formados por pessoas brancas, sendo que ainda não há igualdade social (LIMA; PRATES, 2015). “Candidatos que se autodeclararam pretos ou pardos ocuparão 20% das cadeiras na Câmara dos Deputados a partir de 2015. Desta forma, os negros estarão sub-representados na casa legislativa. Na população em geral, eles representam 50,7% da população, segundo o censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). (...) Entre os 513 deputados eleitos no último domingo, 410 deles (79,9%) se declararam brancos. Outros 81 deputados (15,79%) se disseram pardos e 22 (4,29%), pretos. Nenhum candidato que se declarou como amarelo ou índio foi eleito para a Câmara dos Deputados neste ano” (LOCATELLI, 2014).

reconhecida como ser humano frágil e o de outra sequer ser reconhecida como ser humano.

A apresentação feita por Angela Davis (DAVIS, 2016) sobre os diferentes *status* sociais e aspirações das mulheres pelo recorte racial revela como a desigualdade racial importava (e importa²⁶) nas relações familiares. As mulheres estadunidenses brancas desejavam ascender ao mercado de trabalho, uma vez que seu trabalho doméstico havia perdido espaço para itens industrializados, deixando de ter reconhecimento, situação que as mantinha sob o domínio econômico de seus maridos. As mulheres negras sempre trabalharam, mas sob a condição de escravas; não eram remuneradas e sequer eram reconhecidas como seres humanos. As mulheres brancas viam no casamento uma forma de dominação, mas absolutamente distinta da situação à qual eram sujeitas as mulheres negras²⁷.

²⁶ Nesse sentido, a 4ª edição do livreto *Retrato das desigualdades de gênero e raça*, do IPEA, demonstrou que, “de toda forma, ainda são percebidas situações de maior vulnerabilidade nos domicílios chefiados por mulheres, em especial, os por mulheres negras, quando comparados aos domicílios chefiados por homens” (IPEA, 2011, p. 19. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018).

²⁷ “Durante as primeiras décadas daquele século, a Revolução Industrial fez com que a sociedade estadunidense passasse por uma profunda metamorfose. Nesse processo, as circunstâncias da vida das mulheres brancas mudaram radicalmente. Por volta dos anos 1830, o sistema fabril absorveu muitas das atividades econômicas tradicionais das mulheres. Claro, elas foram libertadas de algumas de suas velhas tarefas opressivas. Ao mesmo tempo, porém, a incipiente industrialização da economia minou o prestígio que as mulheres tinham no lar – um prestígio baseado no caráter *produtivo* e absolutamente essencial de seu trabalho doméstico até então. Por causa disso, a condição social das mulheres começou a se deteriorar. Uma consequência ideológica do capitalismo industrial foi o desenvolvimento de uma ideia mais rigorosa de inferioridade feminina. De fato, parecia que quanto mais as tarefas domésticas das mulheres eram reduzidas, devido ao impacto da industrialização, mais intransigente se tornava a afirmação de que ‘o lugar da mulher é em casa’. Na verdade, o lugar da mulher sempre tinha sido em casa, mas durante a era pré-industrial a própria economia centrava-se na casa e nas terras cultiváveis ao seu redor. Enquanto os homens lavravam o solo (frequentemente com a ajuda da esposa), as mulheres eram manufadoras, fazendo tecidos, roupas, velas, sabão e praticamente tudo o que era necessário para a família. O lugar das mulheres era mesmo em casa – mas não apenas porque elas pariam e criavam as crianças ou porque atendiam às necessidades do marido. Elas eram trabalhadoras produtivas no contexto da economia doméstica, e seu trabalho não era menos respeitado do que o de seus companheiros. Quando a produção manufatureira se transferiu da casa para a fábrica, a ideologia da feminilidade começou a forjar a esposa e a mãe como modelos ideais. No papel de trabalhadoras, ao menos as mulheres gozavam de igualdade econômica, mas como esposas eram destinadas a se tornar apêndices de seus companheiros, serviçais de seus maridos. No papel de mães, eram definidas como instrumentos passivos para a reposição da vida humana. A situação da dona de casa branca era cheia de contradições. Era inevitável que houvesse resistência. (...) Aquelas [brancas] de melhor situação econômica começaram a denunciar o caráter insatisfatório de sua vida doméstica, definindo o casamento como uma forma de escravidão. (...) Na metade inicial do século XIX, a ideia de que a milenar instituição do casamento pudesse ser opressiva era de certa forma recente. As primeiras feministas podem ter descrito o matrimônio como uma ‘escravidão’ semelhante à sofrida pela população negra principalmente devido ao poder impactante dessa comparação – temendo que, de outra maneira, a seriedade

Davis descreve a intersecção dos movimentos feminista e abolicionista do século XIX nos Estados Unidos (DAVIS, 2016, p. 50-52)²⁸, a partir da qual é possível refletir sobre os paradigmas em que se fundava a sociedade em que se desenvolveu o conceito tradicional de família quanto a questões de gênero e racial: patriarcal, com dominação econômica e política branca, sendo a posição social da mulher branca um reflexo das mudanças sociais trazidas pela Revolução Industrial, no início do capitalismo como o entendemos hoje (HOBSBAWM, 2011, p. 17).

Em meados do século XIX, o homem branco era o chefe da família, provedor econômico e detentor do poder político e da unidade familiar, e a mulher branca passava por transformações em sua posição na sociedade, em decorrência da mudança em suas atribuições, impactada pelos novos meios de produção e pelo surgimento da ideologia da feminilidade, pela qual passou a ser reconhecida como frágil, mãe, dona de casa (DAVIS, 2016, p. 25); o homem negro não era chefe de sua família²⁹, assim como a mulher negra não estava sujeita a esse mesmo conceito de feminilidade. Ela sequer era enxergada como mãe, e sim como “reprodutora” (DAVIS, 2016, p. 17-19).

“Proporcionalmente, as mulheres negras sempre trabalharam mais fora de casa do que suas irmãs brancas” (DAVIS, 2016, p. 17). Ao contrário da mulher branca, a mulher negra era essencialmente escrava; suas funções enquanto mãe e esposa eram secundárias em relação ao primeiro papel. Já as mulheres brancas passaram a ser posicionadas socialmente dentro da “crescente ideologia

de seu protesto se perdesse. Entretanto, elas aparentemente ignoravam que a identificação entre as instituições dava a entender que, na verdade, a escravidão não era muito pior do que o casamento. Mesmo assim, a implicação mais importante dessa comparação era a de que as mulheres brancas de classe média sentiam certa afinidade com as mulheres e os homens negros, para quem a escravidão significava chicotes e correntes” (DAVIS, 2016, p. 44-46).

²⁸ “Trabalhando no movimento abolicionista, as mulheres brancas tomaram conhecimento da natureza da opressão humana – e, nesse processo, também aprenderam importantes lições sobre sua própria sujeição. Ao afirmar seu direito de se opor à escravidão, elas protestavam – algumas vezes abertamente, outras de modo implícito – contra sua própria exclusão da arena política” (DAVIS, 2016, p. 51).

²⁹ “Assim como as mulheres negras dificilmente eram ‘mulheres’, no sentido corrente do termo, o sistema escravista desencorajava a supremacia masculina dos homens negros. Uma vez que maridos e esposas, pais e filhas eram igualmente submetidos à autoridade absoluta dos feitores, o fortalecimento da supremacia masculina entre a população escrava poderia levar a uma perigosa ruptura na cadeia de comando. Além disso, uma vez que as mulheres negras, enquanto trabalhadoras, não podiam ser tratadas como o ‘sexo frágil’ ou ‘donas de casa’, os homens negros não podiam aspirar à função de chefes de famílias, muito menos à de ‘provedores da família’. Afinal, homens, mulheres e crianças eram igualmente provedores para a classe proprietária de mão de obra escrava” (DAVIS, 2016, p. 20).

da feminilidade do século XIX, que enfatizava o papel das mulheres como mães protetoras, parceiras e donas de casa” (DAVIS, 2016, p. 18).

A mulher negra sequer se enquadrava nesse conceito pelo trabalho executado enquanto escravizada. Apesar do imaginário segundo o qual ela servia na casa como babá ou empregada doméstica, a típica mulher escravizada trabalhava na lavoura, sem se beneficiar de uma das facetas da ideologia da feminilidade, que nesse caso poderia beneficiá-la: a da fragilidade, que a livraria do trabalho braçal e dos abusos físicos. Nem mesmo quando era considerada fonte de novos escravos, ou seja, reprodutora. E aqui se usa esse termo sem desconsiderar sua violência ao se tratar de uma mulher, justamente para destacar a desumanização desta, pois não era reconhecida como mãe, ao contrário da mulher branca. Os filhos da mulher negra, logo que nasciam, ficavam sujeitos ao mesmo tratamento desumano e degradante que recebia sua genitora, que não podia ser mãe na acepção que entendemos desse termo, tal qual a mulher branca o era.³⁰

As diversas tentativas, por parte da Inglaterra, de extinguir o tráfico internacional de pessoas escravizadas (por motivos que iam além dos humanitários) foram reiteradamente ignoradas pelo Brasil ao longo do século XIX, culminando finalmente com a assinatura da Lei 581/1850 (conhecida como Lei Eusébio de Queiroz, cujo texto faz referência à anterior proibição – *vide arts. 1º, caput, 9º e 10*), que deu providências para a efetivação do fim do tráfico internacional, ainda que o fim deste e o da escravidão em si não tenham sido imediatos.

³⁰ “No que dizia respeito ao trabalho, a força e a produtividade sob a ameaça do açoite eram mais relevantes do que questões relativas ao sexo. Nesse sentido, a opressão das mulheres era idêntica à dos homens. Mas as mulheres também sofriam de forma diferente, porque eram vítimas de abuso sexual e outros maus-tratos bárbaros que só poderiam ser infligidos a elas. (...) Quando a abolição do tráfico internacional de mão de obra escrava começou a ameaçar a expansão da jovem e crescente indústria do algodão, a classe proprietária de escravos foi forçada a contar com a reprodução natural como o método mais seguro para repor e ampliar a população de escravas e escravos domésticos. Por isso, a capacidade reprodutiva das escravas passou a ser valorizada. (...) Mas isso não significa que, como mães, as mulheres negras gozassem de uma condição mais respeitável do que a que tinham como trabalhadoras. A exaltação ideológica da maternidade – tão popular no século XIX – não se estendia às escravas. Na verdade, aos olhos de seus proprietários, elas não eram realmente mães; eram apenas instrumentos que garantiam a ampliação da força de trabalho escrava. Elas eram ‘reprodutoras’ (...) Uma vez que as escravas eram classificadas como ‘reprodutoras’ e não como ‘mães’, suas crianças poderiam ser vendidas e enviadas para longe, como bezerros separados das vacas” (DAVIS, 2016, p. 19-20).

A chamada família tradicional deve ser entendida, portanto, como a família **branca** tradicional³¹. Essa constatação é de suma relevância, pois demonstra que o conceito tradicional de família tem nuances para além de sua definição costumeira e mostra que houve mais mudanças nesse conceito do que costuma se admitir.

Os movimentos sociais organizados no século XIX deram início a mudanças profundas na sociedade. Até a primeira metade do século XX, a escravidão passou a ser proibida no Ocidente e as mulheres começaram a conquistar direitos políticos, como o voto.

No fim do século XIX e na primeira metade do século XX, as mudanças geopolíticas também foram profundas: o fim dos Impérios, a era da “guerra total”, rompendo com os antigos significados do conceito de paz (HOBBSAWM, 1995, p. 22), as diversas revoluções mundiais, entre as quais a Revolução Russa (com a implementação de sistema econômico diverso do capitalismo, o comunismo), a crise econômica de 1929, o uso da bomba atômica, a Guerra Fria; no Brasil, a proclamação da República e a Ditadura Militar, para citar alguns dos exemplos mais relevantes (BARBOZA, 1997, p. 94).

Esse movimento apresentou outro ponto central: com o término da Segunda Guerra Mundial, diante das mudanças sociais e culturais expressivas que ocorreram no Ocidente³² (HOBBSAWM, 1995, p. 320), identificaram-se transformações no conceito de família, agora afastada do campo, com núcleos cada vez menores e a valorização do indivíduo. A ela passaram a ser atribuídas obrigações em concorrência com o Estado, em consonância com o pensamento neoliberal (LIMA, 2017, p. 117-120). À família cabem as tarefas que o Estado sozinho não suportaria e aquelas que não interessam ao mercado³³.

³¹ “Os arranjos econômicos da escravidão contradiziam os papéis sexuais hierárquicos incorporados na nova ideologia. Em consequência disso, as relações homem-mulher no interior da comunidade escrava não podiam corresponder aos padrões da ideologia dominante” (DAVIS, 2016, p. 25).

³² Apesar de se falar de um movimento genérico de mudanças na família em países ocidentais, essas alterações não ocorreram do mesmo modo e ao mesmo tempo nos diferentes países. Uma mesma mudança social, como a industrialização, tem impactos diferentes em países distintos, como mostram os efeitos desse processo nas famílias inglesas e japonesas, até porque a família pode ser vista para além de um reflexo das mudanças sociais, mas também como um dos atores sociais desse processo (SARACENO; NALDINI, 2013, p. 7 e 11).

³³ “Em contraste com o modelo universal, o chamado modelo liberal prioriza o mercado e a família. Nesse modelo, também denominado de “residual” ou tradicional, a provisão de serviços sociais se faz mais fortemente no âmbito do mercado, cabendo ao Estado um papel subsidiário. O modelo conservador, inclusive de inspiração católica, coloca a provisão no

Os contornos jurídicos do conceito de família no Ocidente começaram a se alterar, no pós-Guerra, também em função das atrocidades cometidas no período, que acarretaram um movimento de busca de proteção a direitos básicos, hoje consolidados como direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 também cuidou da família, posicionando-a como o elemento natural e fundamental da sociedade, com direito a receber proteção desta e do Estado.

Após duas Grandes Guerras e diante de conflitos regionais, a família ganhou importância enquanto estrutura da sociedade. Foi ela que assumiu os deveres de cuidados com as crianças e idosos nesse período, em especial em face da devastação enfrentada por vários países europeus. Assim, a família assumiu atribuições que poderiam ser do Estado. Até por essas razões históricas, a família se consolidou no século XX como principal responsável pelos indivíduos, que se devem cuidados mútuos.

Apesar do crescimento da relevância da família para a manutenção do próprio Estado, a ingerência estatal não foi extirpada. No Ocidente prevalece a valorização do indivíduo em detrimento do grupo, que deve respeitar as características e vulnerabilidades daquele, com regras gerais que as famílias devem respeitar ao tratar seus membros.

A família passou a ser sinônimo de cuidados mútuos e desenvolvimento, mas não necessariamente nela se produziam os recursos necessários, em razão da mecanização da produção, da conseqüente produção em massa e da especialização. A família deixou de ser uma fonte necessária de mão de obra para atender ao chefe da família, até se tornar, após longo processo, o meio de desenvolvimento do indivíduo, como se entende hoje, e fonte de novos consumidores.

Citando a socióloga italiana Laura Balbo, Orlando Gomes propunha uma reflexão sobre a família de meados do século XX considerando três evoluções sucessivas da sociedade sob o aspecto econômico: as fases pré-industrial, da

âmbito da família ou da ajuda social. (...) No entanto, no contexto capitalista atual, sob a ótica do neoliberalismo, há fortes pressões do capitalismo mundial para abrir os mercados (globalização) às empresas multinacionais, reduzir o papel do Estado, transferir responsabilidades do Estado para o mercado e a família, fazendo com que a cidadania seja confinada. A cidadania confinada é a limitação das titularidades a um grupo, a um tempo determinado ou a condições de atividade e trabalho” (FALEIROS, 2008, p. 565).

Revolução Industrial e do capitalismo avançado. Nesse cenário evolutivo, o jurista destacava que várias atribuições antes conferidas exclusivamente à família passaram a ser realizadas por terceiros. A família teria passado a ter “principalmente função de consumo; objetivo do bem-estar se converte em uma necessidade política”, com aspirações ao que hoje reconhecemos como direitos sociais, livre dos mecanismos de “controle sociais tradicionais” (GOMES, 1999, p. 18).

Junto com os avanços tecnológicos, o século XX, em especial sua segunda metade, trouxe revoluções de ordem social e moral, decorrentes do cenário já exposto, isto é, Revolução Industrial, criação do operariado, êxodo rural, guerras e a conseqüente necessidade de inclusão das mulheres no mercado de trabalho europeu e americano para suprir os combatentes, a emancipação feminina, fortalecida pela demanda social e pelo trabalho feminino, além de inovações tecnológicas, como a pílula anticoncepcional, que possibilitou a revolução sexual. Nesse cenário, ainda houve a contracultura, da década de 1960, que propunha uma radical ruptura com os padrões estabelecidos de moralidade e sexualidade, com reflexos sentidos até hoje e ainda não totalmente apreendidos.

A família, que havia sido construída sob a lógica patriarcal e que deu sustentáculo para esse modelo de sociedade e em torno da qual a sociedade se estruturou, acompanhou lentamente as profundas mudanças sociais mencionadas. A mulher passou a deter mais poder no grupo familiar, e a hegemonia do formato tradicional da família matrimonial passou a ser questionada.

Na segunda metade do século XX, em especial a partir da década de 1960, viu-se na Europa e nos Estados Unidos a luta pelos direitos dos indivíduos da comunidade de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT). Essa população exigia, inicialmente, apenas o direito de existir, isto é, de estar inserida na sociedade a despeito de sua orientação sexual ou identidade de gênero fora da normatividade³⁴.

³⁴ Com as conquistas sociais, paulatinas, pelo direito de existir, foram se estendendo as demandas dessa população, inclusive o direito ao reconhecimento de relações familiares a casais homoafetivos, essencialmente aqueles que a princípio eram de ordem patrimonial (direito a herança, partilha, inclusão em plano de saúde, por exemplo), até o efetivo pedido para constituir família. Em alguns países europeus esse reconhecimento jurídico de relações homoafetivas se iniciou na década de 1980, mas ganhou intensidade no final dos anos 1990 e início dos anos 2000: “Na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada. A vanguarda foi assumida pela Dinamarca, que promulgou a lei de regência em 1989. Noruega, Suécia,

Além das situações específicas dos indivíduos que querem ter o conjunto de direitos e obrigações relativos a relações familiares, seja para proteção mútua, seja para reconhecimento social, o reconhecimento jurídico de novas configurações de família beneficia o Estado ao desonerá-lo de certas atribuições em relação a indivíduos, que sem essas mudanças, não pertenceriam ao núcleo familiar.

Surgem nesse cenário novos conceitos para fundamentar as mudanças, com destaque na doutrina³⁵ e na jurisprudência³⁶ para o **afeto**, que será abordado em profundidade a seguir.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 226, *caput*, que a família é base da sociedade e destinatária de proteção especial do Estado. Entretanto, o texto constitucional não estabeleceu como se dá a definição do que é família.

Na legislação infraconstitucional tampouco há definição taxativa de família, apesar de haver mais elementos que possam ser extraídos dela para complementação de sua definição, como se apresentará melhor a seguir.

Islândia e Reino Unido seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda, a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como consequências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo. A legislação catalã também é bastante avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, de 1998, para regular as uniões estáveis, independente da orientação sexual dos pares. Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei n. 207 sobre o *Pacte Civil de Solidarité*, conhecido como PaCS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Este pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. Na Alemanha, em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto n. 56/VIII, adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Mais recentemente, foi promulgada em Portugal a Lei n. 9/2010, que permite o próprio casamento entre pessoas do mesmo sexo. Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Europeia, em seu conjunto” (BARROSO, 2011, p. 113-114). Esse tema será aprofundado no Capítulo 4.

³⁵ Nesse sentido Paulo Lôbo (2011, p. 118) e Rolf Madaleno (2015, p. 104).

³⁶ Esse conceito, ainda que usado de forma genérica, sem conceituação jurídica consagrada, foi, por exemplo, elemento fundamental para o reconhecimento das uniões homossexuais pelo STF, sendo o pilar da filiação socioafetiva, nova forma de origem desse vínculo, que não se dá por fatores biológicos ou de adoção, mas pelo cuidado mútuo e pelo reconhecimento entre as pessoas e perante a sociedade desse vínculo. O tema será abordado de forma mais profunda adiante.

A importância da definição jurídica de família decorre do fato de que essa instituição é destinatária de especial proteção do Estado, fazendo jus a políticas públicas específicas e a direitos (e seus respectivos deveres) decorrentes da relação familiar. Na legislação brasileira não há conceito de família, mas apenas elementos que permitem dizer que certas conformações sociais se enquadram nesse conceito.

Por sua vez, a influência religiosa na definição jurídica e social desse conceito nos levou a associar família à consanguinidade e à força de trabalho, com forte redução do número de membros do núcleo familiar e diminuição do impacto dos vínculos de parentesco após a Revolução Francesa (SINGLY, 2011, p. 11)³⁷.

No Brasil, o Código Civil de 2002, em vigor, dá grande destaque à presumida consanguinidade³⁸, mantendo elementos dessa família tradicional patriarcal, patrimonialista, com influência religiosa³⁹.

A doutrina atual também se furta, grande parte das vezes, a buscar a conceituação desse instituto. Uma obra que aborda extensivamente o conceito é o *Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado* de Rodrigo da Cunha Pereira, um dos expoentes da corrente que defende a existência do direito das famílias⁴⁰⁻⁴¹, segundo o qual a família, a partir da Constituição de 1988, deixou de

³⁷ “As famílias contemporâneas resultam do processo de individualização que começa a inscrever-se na esfera política com a Revolução Francesa. (...) com a modernidade, a família não desaparece, mas muda de sentido e de forma devido a esta individualização social. A sociedade ‘holista’ – na qual os indivíduos são definidos principalmente por vínculo, a começar pelo vínculo de filiação – deu progressivamente lugar a uma sociedade ‘individualista’ em que os indivíduos são sobretudo ‘indivíduos’, isto é, são definidos por eles mesmos” (SINGLY, 2011, p. 11).

³⁸ Essa presunção vem desde o direito romano, em que o pai era determinado pelo casamento *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, o pai é aquele que demonstram as justas núpcias com a mãe. Essa é uma presunção relativa, fundada ainda na presumida fidelidade feminina, e demonstra a importância da suposta consanguinidade, porém, já não tão relevante como no passado, pois o decorrer do tempo pode ensejar o estabelecimento de vínculos de socioafetividade entre pai e filho sem consanguinidade, da mesma forma que a presunção é aplicável em casos de reprodução assistida heteróloga, mesmo sabendo não haver vínculo biológico entre pai e filho (LÔBO, 2011, p. 221).

³⁹ Ainda que se possa fazer críticas ao CC 2002, é certo que ele avançou no direito de família, acabando, de forma expressa, com a primazia da família (supostamente) biológica, como se depreende do seu art. 1.593. A presunção *pater is est*, que antes era um meio de proteger o casamento em si mesmo, é também uma presunção que milita em benefício do filho, que já nasce com um pai quando sua mãe é casada. A distinção entre a presunção de filho do marido pode ser vista como um resquício da primazia matrimonial ou, ainda, como mera diferença da formalidade intrínseca que o casamento tem em si, diferentemente da união estável.

⁴⁰ Utilizam a expressão “direito das famílias” autores como Maria Berenice Dias (2011), apontada por Rodrigo da Cunha Pereira como a primeira a utilizar essa terminologia (PEREIRA, 2015, p. 232).

ter forma singular para ser plural, com rol exemplificativo de possíveis formações⁴².

⁴¹ Orlando Gomes, anos antes, mencionava a existência de “direitos da família, eis que não possui a família subjetividade jurídica nem exercendo atividade como grupo unitário. Tais direitos só se positivam nas *relações familiares*, que correspondem aos membros da família” (GOMES, 1999, p. 1).

⁴² “Do latim *famulus*, de *famel* (escravo), designava um conjunto de pessoas aparentadas entre si que viviam na mesma casa (*famulus*), mas também cumprindo a função de servos ou escravos para outro grupo, as *gens*, que eram seus patrões. Em inglês *family*, em francês *famille*, em alemão *familie*, italiano *famiglia*. O seu conceito tem sofrido variações ao longo do tempo. Embora a antropologia, sociologia e psicanálise já tivessem estabelecido um conceito mais aberto de família conjugal, no Direito esteve restrito, até a Constituição da República de 1988, ao casamento (Art. 226). Com a Carta Magna, ela deixou sua forma singular e passou a ser plural, estabelecendo-se aí um rol exemplificativo de constituições de família, tais como o casamento, união estável e qualquer dos pais e seus descendentes (famílias monoparentais). Novas estruturas parentais e conjugais estão em curso, como famílias mosaicos, famílias geradas por meio de processos artificiais, famílias recompostas, famílias simultâneas, famílias homoafetivas, filhos com dois pais ou duas mães, parcerias de paternidade, enfim, as suas diversas representações sociais atuais, que estão longe do tradicional conceito de família, que era limitada à ideia de um pai, uma mãe, filhos, casamento civil e religioso. A família transcende sua própria historicidade, pois suas formas de constituição são variáveis de acordo com o seu momento histórico, social e geográfico. (...) Por isso haverá sempre, de uma forma ou outra, algum tipo de núcleo familiar que fará a passagem da criança do mundo biológico, instintual, para o mundo social. Neste sentido é que o ela é o núcleo básico, fundante e estruturante do sujeito. Isso amplia nossa visão, ajuda a acabar com preconceitos e torna mais efetiva a aplicação do princípio da pluralidade de famílias. Com o declínio do patriarcalismo, a família perdeu sua força como instituição e hierarquia rígida, ficou menos patrimonialista, deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço do amor e do companheirismo, e um centro formador e de desenvolvimento do sujeito, de sua dignidade, de sua humanização. É assim que o Estado deve ver e reconhecer todas as entidades familiares, sob pena de repetir as exclusões históricas que se fez até 1988, em nome de uma moral sexual e religiosa. Família, ou entidade familiar, é um gênero que comporta duas espécies, em sua constituição: a família conjugal e a família parental. A conjugal é aquela que se estabelece com base em uma relação amorosa, envolvendo sexualidade e pode daí advir filhos, ou não. Pode ser heteroafetiva ou homoafetiva, pelo casamento ou união estável, simultânea à outra, quebrando o princípio da monogamia, ou não; a família parental é aquela que decorre da formação de laços consanguíneos ou socioafetivos. Pode ser por inseminação natural ou artificial, geradas em útero próprio ou de substituição (barriga de aluguel). Seja como for, parental ou conjugal, interessa ao Direito de Família a inclusão de todas essas novas configurações para que se possa atribuir direitos e receber a proteção do Estado. Mas afinal, por que esses novos arranjos familiares causam tanta resistência, indignação e até mesmo horror a algumas pessoas? É que a forma de constituição de família revela, de alguma forma, elementos e fantasias da sexualidade que é mais cômodo repugná-las. Reprimir a sexualidade alheia é uma forma de ajudar a reprimir as próprias fantasias. Pessoas em paz com a própria sexualidade aceitam a dos outros com respeito e naturalidade. O que realmente interessa de uma família? Qual o seu conteúdo central que determina se ali tem-se um núcleo familiar, ou não? O que verdadeiramente mantém e assegura a existência de uma família? Será a lei jurídica associada ao afeto e aos laços de consanguinidade? (...) De todos os grupos humanos é a família que desempenha o papel primordial na transmissão da cultura e de valores de humanidade. É aí que alguém se torna sujeito e se humaniza. Por isso, família é o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade ou Estado. Sem essa estruturação familiar não haveria sujeito ou relações interpessoais ou sociais. É na família que tudo se principia, é nela que nos estruturamos como sujeitos e encontramos algum amparo para o nosso desamparo estrutural. A revolução silenciosa que a família, por meio dos novos arranjos que ainda estão em curso, vem provocando é a grande questão política da contemporaneidade. A luta por um país melhor só tem sentido, e é verdade, se o sujeito tiver autonomia privada e tiver a liberdade de estabelecer seus laços conjugais como bem lhe aprouver. A história e a política, hoje, se escrevem e se inscrevem a partir da vida privada, que obviamente começa e termina na família.

O conceito de família apresentado abarca a multiplicidade de formações possíveis: é dentro dela que os indivíduos se formam e se desenvolvem, sendo essa sua especial função. Segundo Maria Berenice Dias, a família estaria fundada na repersonalização da afetividade, na pluralidade e no eudemonismo⁴³, de modo que o foco passa a ser os indivíduos que a compõem e não o patrimônio intrínseco ao núcleo familiar. Para Dias, a família enquanto instituição deu lugar à família que é instrumento para seus membros, que podem se desenvolver e crescer, e também instrumento para crescimento e formação da própria sociedade, o que motivaria sua especial proteção conferida pelo Estado (DIAS, 2011, p. 43).

Gustavo Tepedino também destaca que a família atual deixa de ser uma instituição com valor intrínseco, a lhe justificar proteção jurídica especial, passando a ser avaliada de acordo com sua capacidade de ser instrumento e “tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes” (TEPEDINO, 1997, p. 50), que poderão buscar sua realização e o desenvolvimento de sua personalidade (1997, p. 50).

O atual conceito de família engloba o formato matrimonial junto a outros, deslocando o objetivo de sua existência: deixa de ser um fim em si mesma para ser um meio pelo qual os indivíduos se construam e realizem.

É, portanto, um conceito mutável, flutuante, de acordo com as mudanças sociais. Um exemplo prático e socialmente pouco polêmico é a reprodução assistida heteróloga. Não se questiona juridicamente que o pai ou mãe de filhos nascidos com o uso dessa tecnologia e que não tenham contribuído com o material genético sejam efetivamente pai ou mãe: o que importa é o projeto familiar que deu origem a esses filhos, algo que sequer se imaginava no começo do século XX e que hoje é previsto pelo CC 2002 (art. 1.597, V).

Atualmente, a família é uma instituição muito mais de amor e companheirismo (e aqui cabe observar a relevância da dissolubilidade do matrimônio para essa mudança) do que no passado, quando as relações eram

E assim a vida privada e, portanto, a família, tornou-se a principal razão política dos Estados Democráticos Contemporâneos” (PEREIRA, 2015, p. 287-289).

⁴³ A família eudemonista é aquela “que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade” (DIAS, 2011, p. 55).

comandadas pelo homem, que tinha o poder sobre a mulher e os filhos, e o patrimônio tinha ainda mais relevância.

Rodrigo da Cunha Pereira, apresenta seu conceito não apenas de família (2015, p. 287-290), mas de diversas modalidades do instituto, como a família anaparental, formada sem a presença de pais ou ascendentes, mas que, segundo o autor, pode ser qualquer uma sem a presença de pais, por exemplo, entre primos, e que também merece proteção especial, como defende o autor (2015, p. 290). A profundidade das definições e a diversidade das modalidades de família apresentadas pelo autor destacam a grande variedade de formações sociais que, segundo aquele e outros de mesma corrente, também merecem a proteção do Estado.

No já mencionado dicionário de Rodrigo da Cunha Pereira, são apresentados também os verbetes de família binuclear, conjugal, democrática, ectogenética, ensamblada, eudemonista, extensa, fissional, homoafetiva, informal, isossexual, matrimonial, monoparental, mosaico, multiparental, natural, nuclear, paralela, parental, patriarcal, poliafetiva, recomposta, reconstituída, redimensionada, simultânea, socioafetiva, substituta, unipessoal e mútua (PEREIRA, 2015, p. 287-324).

A família jurídica, portanto, distanciou-se de suas funções religiosas e políticas, tendo deixado de ser patriarcal e hierárquica para representar uma relação de igualdade entre homens e mulheres, atribuindo menor importância a suas funções econômicas e patrimoniais, sem a exigência de seu objetivo procriacional (LÔBO, 2011, p. 18; PEREIRA, 2015, p. 69)⁴⁴.

Em razão da proteção assegurada à família, a tendência é ao crescimento das demandas pelo reconhecimento de novas formações, caso da família homoafetiva, por meio da qual se busca estudar o conceito jurídico de família neste estudo. Tão grande é a busca pelo alargamento do conceito que, após o julgamento de ações relativas à proteção do bem de família para pessoas que residiam sozinhas, como os solteiros e viúvos (*vide* REsp 139.012, 450.989,

⁴⁴ “A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o desenvolvimento da função econômica-política-religiosa-procriacional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado *repersonalização das relações civis*, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais. É a recusa da coisificação ou reificação da pessoa, para ressaltar sua dignidade. A família é o espaço por excelência da repersonalização do direito” (LÔBO, 2011, p. 22).

57.606 e 159.851), foi editada a Súmula 364 do STJ⁴⁵, pois houve dúvida se o solteiro constitui família formada apenas por ele. Contudo, mais parece, pela leitura dos acórdãos que deram origem a referida súmula, que eles consideram a moradia um direito inerente à pessoa humana, pela proteção do mínimo existencial, e não que consideram uma pessoa sozinha uma família em si mesma.

É certo que parte da sociedade defende que o casamento é instituto de origem religiosa e que não comporta dentro de si alterações como casais homoafetivos. Contudo, cabe perguntar: a partir do momento em que o ordenamento jurídico se apropriou de conceito religioso, esse conceito não deixou de ser religioso para ser do mundo do direito?

Assim, o que nos leva a aceitar que família é aquela formada por pais e mães e seus filhos? Esse é o conceito definitivo de família de nossa Constituição ou é um dos modelos nela presentes, cabendo na interpretação jurídica desse conceito diferentes resultados até mesmo para a consanguinidade? A partir da análise dos acórdãos selecionados, buscar-se-á saber quais são os critérios jurídicos aceitos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento de um grupo social como família.

2.2 O monopólio da família matrimonial até 1988

A liberdade não é conceito historicamente inerente à família. A ideia de constituição de família pelo amor é recente. Cada vez menos comum no mundo ocidental, as decisões relativas ao casamento eram tomadas de acordo com interesses alheios aos indivíduos que passariam a constituir uma família, baseadas em pretensões políticas e patrimoniais (especialmente entre os aristocratas e os nobres). A liberdade de constituir família com quem se ama ou se escolhe individualmente (sem intervenção de outros) é uma ideia contemporânea (BARBAGLI, 2000, p. 376)⁴⁶. A pouca liberdade na família também se apresentava na forma única de constituí-la.

⁴⁵ Súmula 364: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

⁴⁶ Cf. Barbagli sobre a influência da família e do dono das terras nas escolhas dos casais aristocratas e camponeses, respectivamente, o que se manteve na sociedade italiana até meados do século XX, em tradução livre desta autora: "Por um longo período, o casamento não foi uma questão pessoal e privada, no sentido de que os que se casavam eram submetidos a intromissões e controles por outras pessoas. Os sujeitos dessas intromissões

A noção de família se confundia com o matrimônio, que, por sua vez, era uma celebração religiosa. O único caminho possível para formar uma família era o matrimônio (com dualidade de gêneros), e a exigência para sua formação era a imposição da indissolubilidade do casamento em vida. A superação de ambos os elementos, até pouco (historicamente) intrinsecamente associados ao conceito de família, é, portanto, da maior relevância para este estudo.

Diante da importância histórica da religião católica no mundo ocidental, ao longo da era cristã, que justificava e reforçava a concentração e a manutenção de patrimônio de um determinado grupo ao qual se denominava família, o matrimônio se tornou instituição de relevância social, pela qual se permitia o sexo e se legitimavam os filhos (PEREIRA, 1918, p. 219)⁴⁷. O que unia o grupo familiar clássico era o patrimônio, a política, o culto religioso⁴⁸, dentro do qual era

variavam dependendo da classe social. Na aristocracia e na alta burguesia, por alguns séculos o pai, aconselhado pela esposa, determinava qual de seus filhos podia se casar, com quem, com que idade. E só nas últimas décadas do século XVIII esse modelo começou a entrar em crise, junto com o regime sucessório de único herdeiro. Sobre as decisões matrimoniais dos camponeses e de outros estratos agrícolas, ao contrário, o proprietário das terras continuou a decidir por um longo período. Na verdade, era ao proprietário das terras que o chefe de família desses grupos sociais tinha que solicitar permissão para casar um filho ou uma filha. Os camponeses conseguiram obter a retirada dessa obrigatoriedade dos contratos [na Itália] em 1919-20, após duras lutas. Mas, na verdade, nas duas décadas subsequentes alguns proprietários continuaram exercendo alguma forma de controle sobre a demografia da família camponesa”. No original: “Per lungo tempo il matrimonio non è stato una faccenda personale e privata nel senso che coloro che si sposavano erano sottoposti ad intromissioni e controlli da parte di altre persone. I soggetti di questi intromissioni variavano secondo il ceto sociale. Nella’aristocrazia e nell’alta borghesia è stato per alcuni secoli il padre, consigliato spesso dalla moglie, a stabilire quali dei suoi figli si potevano sposare, con chi, a che età. E solo negli ultimi decenni del Settecento questo modello ha iniziato ad entrare in crisi, insieme al regime successorio ad erede unico. Sulle decisioni matrimoniali dei mezzadri e di altri strati agricoli ha invece a lungo influito il proprietario del potere. Era al padrone infatti che in questi gruppi sociali il capofamiglia doveva chiedere il permesso di far sposare un figlio o una figlia. I mezzadri riuscirono ad ottenere che questi obbligo venisse tolto dai contratti nel 1919-20, dopo aspre lotte. Ma di fatto anche nel ventennio successivo alcuni proprietari continuarono ad esercitare qualche forma di controllo sulla demografia della famiglia contadina” (BARBAGLI, 2000, p. 376).

⁴⁷ Sem o casamento (a submissão total da mulher, que quase garantia a fidelidade, já que ela tinha de obedecer ao marido, inclusive para poder trabalhar), a paternidade não era de imediata verificação. Assim, uma de suas funções era definir a paternidade, pois, “Do contrário, tudo ficava na dependência de um intrincado sistema de provas e exceções, que tabus morais e religiosos faziam ainda mais idôneo à proteção da impunidade masculina” (PEREIRA, 1918, p. 219).

⁴⁸ Aliás, a religião se confunde com ou define a noção de família desde tempos ainda mais remotos que a Era Cristã. **Fustel de Coulanges, ao falar da Grécia Antiga, afirmou que a religião não criou a família, mas lhe deu a forma conhecida naquela sociedade.** Era por meio da religião que se regravam até mesmo os costumes cotidianos e os rituais sociais: “Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais. A antiga língua grega tinha uma palavra muito significativa para designar a família; dizia-se *epistion*, palavra que significa literalmente aquilo que está perto do fogo. Uma família era um grupo de pessoas às quais a religião permitia invocar os mesmos manes, e oferecer o banquete fúnebre aos mesmos antepassados” (COULANGES, 1961, p. 51).

celebrado o matrimônio. Este tinha como um de suas funções primordiais a de gerar filhos, que seriam incorporados à força de trabalho daquele núcleo (LÔBO, 2011, p. 19).

Não havia liberdade para desconstituir a família. No século XX, em quase todos os países do Ocidente (e inclusive em alguns do Oriente), a dissolubilidade em vida do casamento, isto é, o divórcio, foi uma pauta social, paulatinamente incorporada pelo direito (PALLADINO; PALLADINO, 1975, p. 44).

A relevância do tema se revelou em grandes eventos sociais e políticos do século XX. Em 1936, houve uma crise constitucional no império britânico, em razão de embate entre a Coroa e o Gabinete sobre o divórcio. O Rei Eduardo VIII desejava se casar com uma mulher que era divorciada, com ex-maridos vivos. A situação levou a uma crise institucional que culminou com a abdicação do rei. Em seu discurso de abdicação, Eduardo VIII afirmou que não seria possível cumprir suas obrigações como rei sem o apoio e a ajuda da mulher que ele amava. A perpetuidade do matrimônio jurídico levava a situações de conflitos sociais, como esse exemplo reflete⁴⁹.

Assim como na quase totalidade dos países ocidentais, o divórcio foi objeto de grandes debates sociais no Brasil⁵⁰. O direito de família brasileiro se apropriou de valores católicos para a delimitação do casamento (até porque foi daí a origem desse instituto), que, por sua vez, se confundia com a noção de família⁵¹. Havia, então, a identidade entre família para fins jurídicos e família matrimonial religiosa, uma vez que o conceito de casamento utilizado pelo direito vigente (Ordenações

⁴⁹ Em tradução livre desta autora: “Vocês devem crer em mim quando eu lhes digo que me resultou impossível carregar o pesado fardo da responsabilidade e cumprir minhas obrigações como rei, como eu gostaria de fazer, sem a ajuda e o amparo da mulher que eu amo”. No original do discurso: “But you must believe me when I tell you that I have found it impossible to carry the heavy burden of responsibility and to discharge my duties as King as I would wish to do without the help and support of the woman I love” (Abdication of King Edward VIII Farewell Speech from Windsor Castle. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/archive/edward_viii/12937.shtml>. Acesso em: 26 abr. 2017).

⁵⁰ Arruda Câmara, um dos grandes nomes desse embate, chamava-o de “Batalha”. Algumas discussões travadas ao longo de décadas no Congresso Nacional, envolvendo, entre outros, o também parlamentar Nelson Carneiro, estão registradas no livro *A batalha do divórcio*, em que ambos, com objetivos diametralmente opostos, fundavam seus argumentos na defesa da família e de seu fim (CÂMARA, 1960, p. 19).

⁵¹ Nesse sentido, até a jurisprudência reconhece essa influência, como se verifica no trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 878.694/MG: “Na história brasileira, em decorrência da forte influência religiosa, o conceito jurídico de família esteve fortemente associado ao casamento” (p. 4 do voto).

Filipinas, até 1916) era proveniente do direito canônico (HIRONAKA, 2016, p. 31), sempre tendo o aspecto patrimonial como elemento relevante.

No Brasil, após a Independência, com a promulgação da Constituição Política do Império (também denominada Constituição Imperial), em 1824, ficou estabelecida a religião católica como a oficial, tolerados os demais cultos (AZEVEDO, 2001, p. 136)⁵²⁻⁵³ A existência de uma religião oficial obrigava o imperador e a família imperial a mantê-la (arts. 103⁵⁴ e 106), assim como os conselheiros de Estado (art. 141). Também, não podiam ser, por exemplo, deputados aqueles que não professassem a religião do Estado (art. 95, III).

Estado e Igreja se imiscuíam nos assuntos de cada um (HIRONAKA, 2016, p. 34). Era o imperador que sustentava os benefícios eclesiásticos, cabendo a ele, também, nomear bispos (art. 102, II, da Constituição Imperial). No período, a Igreja, por sua vez, detinha o poder exclusivo de celebrar casamentos, conforme Decreto de 3 de novembro de 1827⁵⁵.

⁵² Sobre o período anterior à Independência, à época que “o Brasil foi descoberto, no ano de 1500, vigorava em Portugal o casamento religioso, que veio, a final, em 1603, a celebrar-se sob o rito da religião católica, mantendo-se, então, o sistema tradicional, programado no § 1º do Título 46 do Livro 4º das Ordenações Filipinas, ‘por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do prelado, fora dela’. O Concílio Tridentino, terminado em 1563, considerou o casamento, exclusivamente, como um sacramento, situação que foi acolhida em Portugal pelo decreto de 12 de novembro de 1564 e pela lei de 8 de abril de 1569. O Bispado da Bahia, criado em 28 de janeiro de 1550, adotou esse posicionamento português” (AZEVEDO, 2001, p. 152).

⁵³ Art. 5º da Constituição de 1824: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo” (mantida a grafia original).

⁵⁴ “Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento – Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber” (mantida a grafia original).

⁵⁵ Decreto de 3 de novembro de 1827: “Declara em effectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio. Dom Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos, que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte: Havendo a Assembléa Geral Legislativa resolvido, artigo unico, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capitulo 1º de Reformatione Matrimonii, e da Constituição do Arcebispo da Bahia, no livro 1º titulo 68 § 291, ficam em effectiva observancia em todos os Bispados, e freguezias do Imperio, precedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lh'o requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um delles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimentos depois de feitas as denunciações canonicas, sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Parocho as diligencias precisas recommendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tendo eu sancionado esta resolução. A Mesa da consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 3 de Novembro de 1827, 6º da Independencia e do Imperio. Com rubrica de Sua Magestade Imperial. Conde de Valença” (mantida a grafia original).

O Governo Imperial sustentava os membros da Igreja Católica, a quem cabia a atribuição de celebrar oficialmente casamentos, por determinação do ordenamento jurídico. Este reconheceu a regulamentação da celebração do casamento por meio das normas canônicas, que apenas autorizavam a celebração do casamento se os nubentes fossem católicos (AZEVEDO, 2001, p. 135).

O reconhecimento de casamentos apenas de fiéis da religião oficial trouxe problemas, como o não reconhecimento estatal do casamento de professantes de outras fés, mesmo que apenas um dos nubentes não fosse católico (o que era, então, chamado de casamento misto). Surgiram, então, iniciativas para instituir o casamento civil (AZEVEDO, 2001, p. 153), erradicando o monopólio da celebração do casamento pela Igreja Católica⁵⁶.

Apesar do evidente caráter religioso da origem do instituto, o casamento também era envolto em aspectos civis e patrimoniais, que não poderiam ficar alheios ao Estado. Vigiam para essa instituição apenas as leis canônicas, que não davam conta de toda a realidade social, deixando à margem do Estado famílias que não professavam a fé católica ou aquelas em que um dos cônjuges não a professava – que, portanto, não eram reconhecidas como famílias. Essa situação de não juridicidade se repetiu, tempo depois, com as famílias formadas por pessoas casadas, mas separadas de fato, até 1977, ou aquelas constituídas sem formalização, até 1988.

Em 1861, com a aprovação do Decreto 1.144, de 11 de setembro de 1861 (regulamentado pelo Decreto 3.069/1863), passaram a ser admitidos efeitos civis para o casamento celebrado entre pessoas de outras fés, desde que não existentes impedimentos com as leis em vigor e com o casamento católico (VENOSA, 2015, p. 140).

Os apontamentos demonstram a influência da religião católica na família jurídica brasileira tradicional, que só poderia existir por meio do casamento. Este se desenvolveu enquanto instituição jurídica no Brasil sob a égide da Igreja, cujos cânones vedam a dissolução em vida do casamento, seguindo o Evangelho de

⁵⁶ No mesmo sentido, Pontes de Miranda afirma que a instituição do casamento civil foi questão política relacionada à corrente republicana, sendo que a população em geral continuou a usar o casamento religioso (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 94).

Marcos, 10,2-16: *Quod ergo Deus coniunxit, homo ne separet* (Portanto, o que Deus uniu, não o separe o homem).

Desde a colonização portuguesa até 1977 prevaleceu a indissolubilidade do casamento, projetando-se no direito civil a concepção canônica da Igreja Católica de ser o matrimônio instituição de natureza divina, que jamais poderia ser dissolvido por ato dos cônjuges. Nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, que sofreu forte resistência das organizações religiosas católicas (LÔBO, 2011, p. 149).

Com a queda do Império, em 1889, e a conseqüente ascensão dos princípios republicanos, no ano seguinte ocorreu a separação entre Estado e Igreja, por meio do Decreto 119-A/1890. No mesmo ano foi promulgado o Decreto 181/1890, que instituiu o casamento civil e também trouxe uma figura jurídica chamada divórcio, elaborado com base no direito canônico, mas que se aproximava mais do desquite e da separação judicial do que do divórcio, apto a dissolver o casamento, como hoje entendemos⁵⁷.

Após a promulgação da Constituição de 1891, houve a instituição definitiva do casamento civil, que passou a ser não apenas regra, mas a única forma de casamento reconhecida pelo Estado até 1934⁵⁸ (AZEVEDO, 2001, p. 153-154): “Art. 72: (...) § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Contudo, a noção de casamento continuava colada ao conceito religioso.

Aliás, pela origem histórica, religiosa e moral, a doutrina se consolidou em afirmar que casamento sem dualidade de gêneros era inexistente, não se

⁵⁷ Baseado no *divortium quoad thorum et habitationem* (divórcio do leito e da habitação), previsto no Código Canônico, nos cânones 1.151 a 1.155, que trata de causas para a ruptura conjugal, mas com a manutenção dos vínculos matrimoniais, o divórcio previsto nos arts. 80 a 92 do Decreto n. 181/1890 era instituto que já trazia consigo a ideia de culpa pela impossibilidade da manutenção da vida conjunta. Entretanto, além do descumprimento de deveres, o consentimento mútuo também era causa para a separação (art. 82, § 4º).

⁵⁸ Apenas com a Constituição de 1934 passou-se a admitir novamente o casamento religioso com efeitos civis, conforme o art. 146: “O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento”.

configurava como ato jurídico e não produzia quaisquer efeitos⁵⁹. Tal disposição sobre a dualidade sequer era expressa em lei como impedimento

ante o conceito romano canônico e moderno, do casamento, é perfeitamente dispensável uma declaração legal dessa natureza, tão evidente é o requisito, aliás, explicitamente pressuposto, por todos os dispositivos concernentes ao – “marido” “a “mulher” – e aos seus respectivos direitos e deveres (ESPÍNOLA, 2001, p. 69).

Essa dualidade era exigida, ainda que não se exigisse que o casal mantivesse relações sexuais ou procriasse, demonstrando se tratar, essencialmente, de paradigma baseado no costume e na moral religiosa⁶⁰.

Juntamente com a instituição do casamento civil, iniciou-se o debate sobre o divórcio. A discussão se estendeu pelo campo filosófico, religioso e político desde então. Nelson Carneiro relata que antes da República esse tema já estava no cenário político, inclusive na Constituinte de 1891, cujo texto final deixou a questão indefinida (CARNEIRO, 1977, p. 12).

Já em 1896, a Comissão de Justiça e Legislação do Senado Federal aprovou parecer pela aprovação do divórcio, que era tido pela corrente divorcista como a complementação lógica do casamento civil, cuja manutenção à força era tida como aviltante, passível de estabelecer situações de corrupção, escândalos e desmoralização das famílias (CARNEIRO, 1977, p. 12).

A influência da Igreja Católica foi decisiva para a não aprovação do divórcio por quase oitenta anos após as primeiras tentativas de sua criação no Brasil. Segundo Nelson Carneiro, na década de 1930, a Liga Eleitoral Católica começou a atuar de forma incisiva em face de candidatos, para que estes, entre outras questões, tomassem posição contra o divórcio (CARNEIRO, 1977, p. 13). Não apenas houve uma tentativa de refrear o movimento divorcista como de reafirmar

⁵⁹ Paulo Henrique Garcia Hermosilla, em sua dissertação de mestrado, apontou que poucas codificações traziam textualmente a dualidade de gêneros como requisito ou que o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo seria inexistente, entre elas o Código Civil português de 1966. Tal construção era essencialmente doutrinária, entendendo que esse era elemento inerente ao conceito de casamento. Segundo o autor, a doutrina desenvolveu a teoria da inexistência, que foi largamente aceita. A inexistência estaria em um plano jurídico distinto da nulidade. Enquanto esta poderia produzir efeitos (como na hipótese de ambos estarem de boa-fé), a inexistência sequer era considerada um ato jurídico (HERMOSILLA, 2014, p. 25-28).

⁶⁰ “Evitemos, porém, um equívoco. Certo, o casamento regula as relações sexuais, tem por fito assegurar proteção à procriação, e não há casamento entre pessoas do mesmo sexo, nem é imune à anulabilidade por erro o casamento em que um dos cônjuges é impotente. Mas as relações sexuais não lhe são essenciais (...)” (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 96).

juridicamente a indissolubilidade do casamento, o que culminou na inclusão dessa questão na esfera constitucional⁶¹.

Sob esse raciocínio, é fácil entender como os antivorcistas rapidamente se articularam para tentar impedir qualquer hipótese do que eles entendiam como dissolução da família. Sendo o casamento a única maneira reconhecida de formá-la e o patrimônio constituído na família e por ela transmitido, a indissolubilidade, além do apelo religioso, impedia a pulverização dos bens (GODOY, 2005, p. 130). Pelos mesmos motivos se justificava a existência de um chefe, um líder, e a lei escolheu o homem para tal encargo. Pensar a família sob esse prisma requer o exercício de enxergar a sociedade em que existia aquela família patriarcal, majoritariamente rural, branca e católica. Se hoje se fala no direito fundamental à felicidade, e em uma família que permita atingir esse objetivo, a família tradicional era um fim em si mesma, buscando a perpetuação do *status quo* de seus membros na sociedade, permitindo a geração de mão de obra e a manutenção da propriedade privada em que se exercia atividade econômica, tudo isso sob a religião e a condução moral do patriarca.

A demonstração definitiva do monopólio da família matrimonial ao longo de grande parte do século XIX veio a seguir. De 1934 até 1977, todos os textos constitucionais traziam expressamente a previsão de que a família era constituída pelo matrimônio indissolúvel em vida, silenciando quanto ao tema a Constituição de 1891, “por insistência de divorcistas” (FRANÇA, 1978, p. 34), como já mencionado.

A Constituição de 1934, em seu art. 144, trazia proteção especial à família, que se mantém até hoje, mas admitia que a família fosse apenas a união advinda do matrimônio (diga-se que, apesar de não tratar exclusivamente de matrimônio religioso, havia grande influência da religião nesse conceito, não se discutindo

⁶¹ “Quando pareciam ameaçadas as fortalezas da indissolubilidade, o Governo Revolucionário convocou eleições para a Constituinte, em 1933. Ia começar um novo capítulo, mais difícil, na luta em favor de uma solução mais justa e mais humana para os dissídios conjugais irremediáveis. Anunciado o pleito, a Liga Eleitoral Católica, recém-criada, passou a exigir, por escrito, o compromisso dos candidatos, em torno de determinados pontos. Um deles era o da recusa ao divórcio. Comprometida que estava com a Igreja a grande maioria, fácil lhe foi, através de ilustres parlamentares (Adroaldo Mesquita da Costa, Arruda Câmara, Ataliba Nogueira e outros) incluir, pela primeira vez, na Constituição artigo que declarava indissolúvel o casamento (...) A Carta de 10 de novembro de 1937 manteve a estranha disposição, também reproduzida pela Constituição de 1946 (...) E o mesmo dispositivo figuraria nas Constituições de 1967 e 1969. Para a aceitação do divórcio, levantara-se assim a barreira do impedimento constitucional. Havia, pois, que conjugar sistemas, numa guerra total” (CARNEIRO, 1977, p. 13 e 14).

sequer o que seria o casamento, necessariamente indissolúvel – em vida, evidentemente, apesar de não expresso): “Art. 144. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”.

A Constituição de 1937 reproduziu o teor da Constituição de 1934, apenas acrescentando previsão sobre famílias numerosas: “Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. Em 1946, o novo texto constitucional adotou em seu art. 163 idêntica previsão à de 1934, reproduzida também pela Constituição de 1967, que apenas trocou o termo “Estado” por “Poderes Públicos”. A EC 1/69 não alterou o teor desse artigo, mudando apenas sua numeração (passou a ser art. 175).

O Código Civil de 1916 tratava a família com mais especificidade. É importante destacar que esse Código foi elaborado em um país essencialmente rural, não industrializado, que refletia a realidade e os valores da época, como a submissão da mulher ao homem (LIRA, 1997, p. 30-31).

O texto do CC 1916 previa que era por meio do casamento que se criava a família e se legitimavam os filhos (art. 229). Ao longo do século XX, o casamento ganhou mais importância em nosso ordenamento jurídico em relação a outras figuras de parentesco. Exemplo é a Lei Feliciano Penna (Lei 1.839/1907), que deu preferência à sucessão do cônjuge sobrevivente, modificando a linha sucessória, que anteriormente dava prioridade aos parentes colaterais até o décimo grau.

Diante da indissolubilidade em vida do casamento (apenas a morte poderia dissolver os vínculos conjugais; a anulação os tornava inexistentes), havia grandes transtornos sociais em razão do fim dos relacionamentos sem a possibilidade jurídica de reflexo dessa situação, especialmente para as mulheres, submetidas à administração da sociedade conjugal pelo marido (o que foi mitigado ao longo do século XX, com normas como o Estatuto da Mulher Casada). Como explica Giselda Hironaka, “o sistema do Código Civil de 1916 em matéria familiar foi substancialmente colmatado por dezenas de normas que lhe foram supervenientes” (HIRONAKA, 2016, p. 36).

A família matrimonial do século XX contemplava um homem e uma mulher, e a relação entre eles era hierárquica: o homem era o chefe da família, conforme a redação original do art. 223 do *caput* do Código Civil de 1916. A mulher e os filhos deviam obediência ao homem, a primeira em razão da extrema

desigualdade de gêneros⁶², e os segundos pelo fato de as crianças terem sido reconhecidas como sujeitos de direito a título pleno apenas em meados do século XX (SARACENO; NALDINI, 2013, p. 8; GODOY, 2005, p. 131) e pela mudança na noção de relação parental filial⁶³⁻⁶⁴.

Em razão da submissão da mulher ao homem, aquela sofria diversas limitações jurídicas em razão do casamento, tal como a obrigatoriedade de adoção do sobrenome do marido⁶⁵.

Também era evidente o caráter procriacional do casamento, em detrimento da mulher, com a diferença da idade núbil para homens e mulheres (art. 183, XII, CC 1916)⁶⁶. Eventual defeito de idade, sem restrição, não anulava o casamento, se dele tivesse resultado gravidez (art. 215, CC 1916) (SIMÃO, 2017).

Acima disso, a mulher se tornava relativamente incapaz para efeitos civis com o casamento, conforme o art. 6º, II, do Código Civil de 1916. A mulher ficava sob a tutela absoluta do homem quanto à administração dos bens comuns e até

⁶² Ainda existente no Brasil, mas hoje juridicamente repudiada e com normas voltadas a diminuí-la, como demonstram, a título de exemplo, os arts. 3º, IV, 5º, I, 7º, XX, 40, § 1º, III, parte final, 226, § 5º, da CF e a Lei Maria da Penha. É de lembrar que até 1932 a mulher não tinha sequer o direito de votar, o que começou a ser possível apenas com o Decreto n. 21.076/32.

⁶³ Até meados do século XX, predominava a ideia de que, pedagogicamente, não era adequado demonstrar afeto pelos filhos por gestos, mas pela rigidez na criação e nas oportunidades conferidas aos filhos, que deviam respeito aos pais ou aos pais do marido (no caso da esposa casada) (BARBAGLI, 2000, p. 249-250 e 431-433).

⁶⁴ Desde o século XVIII a noção de infância e o conceito de criança se desenvolveram para o sentido atual, passando a sociedade europeia ocidental por uma profunda mudança em relação a esses conceitos, influenciada por autores como John Locke, que sustentou que as crianças deveriam ter cuidados e sustento da família até serem efetivamente independentes, e Rousseau, que rompeu com a ideia de crianças paradas, presas, miniaturas de adultos, inserindo nesse contexto a importância da liberdade no desenvolvimento delas e da infância em si mesma, não apenas como uma etapa de preparação para a vida adulta (LOMBARDI, 2008, p. 174-175).

⁶⁵ Conforme o art. 240 do CC 1916, “A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família (art. 324)”. Esse dispositivo foi alterado pelo Estatuto da Mulher Casada, em 1962, passando a ter a seguinte redação: “A mulher assume, com o casamento, os apelidos do marido e a condição de sua companheira, consorte e colaboradora dos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”. Até que com a Lei do Divórcio, em 1977, a nova redação do artigo suprimiu tal obrigação: “A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”. A partir dessa mudança, a adoção do sobrenome do marido se tornou uma faculdade, conforme o § 1º, incluído pela Lei n. 6.515/77: “Parágrafo único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido”. Adriana e Carlos Dabus Maluf informam que o Decreto n. 181/1890 já impunha que a mulher casada usasse o nome de família do marido (MALUF; MALUF, 2016, p. 76). Contudo, ainda que essa fosse uma praxe, a letra expressa desse decreto era menos impositiva que a redação do original do CC 1916, pois elencava entre os efeitos do casamento o **direito** de usar o nome da família do marido (art. 56, § 4º, do Decreto n. 181/1890).

⁶⁶ Art. 183. Não podem casar (arts. 207 e 209): XII – as mulheres menores de dezesseis anos e os homens menores de dezoito.

mesmo de seus bens particulares, a depender do “regime matrimonial adaptado ou do pacto antenupcial” (art. 233, II, CC 1916).

As revoluções sociais e culturais que se deram no Ocidente no século XX quanto à situação da mulher foram lentamente levando à diminuição da desigualdade jurídica entre os gêneros. O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) trouxe entre suas previsões mais relevantes o fim da incapacidade relativa da mulher casada e da exigência de autorização do marido para exercício de profissão, além de ter tornado a mulher colaboradora do homem (que continuava a ser o chefe da família) e de lhe atribuir a direção material e moral da família (expressão, diga-se, de pouca relevância prática).

As injustiças relativas ao direito de família, além dos longos (contados em anos e décadas) debates na esfera política, foram sendo abordadas paulatinamente pelo Poder Judiciário, ao qual eram levados os casos concretos. Nelson Carneiro relata a importância do Judiciário na superação da indissolubilidade do casamento⁶⁷. Entretanto, o autor destaca como decisiva a participação das mulheres nessa luta, potencializada pelos meios de comunicação de massa da época (CARNEIRO, 1977 p. 12 e 19-20)⁶⁸.

A corrente doutrinária antivorcista entendia que o divórcio era consequência da crise da família – ou do matrimônio –, decorrente da degeneração do mundo moderno. Ao contrário do que sustentava parte dos divorcistas (que o divórcio salvaria a essência do instituto e os deveres conjugais), ele seria, para os antivorcistas, um remédio que traria consequência pior que a moléstia⁶⁹.

⁶⁷ “Mais perto dos problemas humanos, até por dever de ofício, do que os legisladores, foram os juízes que rasgaram clareiras na escuridão da indissolubilidade (...). Foram os juízes, primeiro que os legisladores, que proclamaram naturais os filhos de desquitados. E abrigaram na legitimidade, através da legitimação, os filhos adulterinos de pais que afinal se casavam. (...) Longa e espinhosa foi a luta pelo divórcio. Mas ela teria sido ainda mais demorada e difícil se os juízes não houvessem aberto roteiros nas trevas da indissolubilidade” (CARNEIRO, 1977, p. 14-15. Grifei).

⁶⁸ “Nenhuma contribuição, entretanto, pesou tanto no desfecho final dessa guerra de tantos anos quanto a participação da mulher. Quando iniciamos a jornada, ela era contra o divórcio. No dia em que compreendeu que o desquite a aviltava e não lhe abria qualquer horizonte, nos dias futuros, mudou de atitude. E foi principalmente esse apoio que, disseminado por todos os lares, em todas as idades, construiu a vitória final” (CARNEIRO, 1977, p. 14-15. Grifei).

⁶⁹ “A medicação prescrita nesses termos tem o sabor de eutanásia; e o paciente ainda não está em seus estertores; o remédio, como pretendo mal necessário, supera o próprio mal que se pretende sanar; o rompimento do vínculo como tributo à preservação do dever de fidelidade não reflete por si a melhor solução, na medida em que degenera em derivações abusivas, com estímulo aos expedientes extramatrimoniais, depauperando mais ainda o combalido organismo familiar” (CAHALI, 2005, p. 27).

Em 1977, após intenso e prolongado debate legislativo, foi aprovada a Emenda Constitucional 9, que previu, pela primeira vez em nosso ordenamento, a possibilidade de dissolução do casamento em vida, contrariando o dogma católico da indissolubilidade.

Nelson Carneiro, deputado e senador em diversas legislaturas, foi o autor da PEC 9/77, que deu origem à EC 9/77. Esta modificou a Constituição de 1967 (já alterada pela EC 1/69), permitindo a dissolução dos vínculos conjugais (FRANÇA, 1978, p. 36). Entre os antivorcistas, Arruda Câmara se destacava (SIMÃO, 2015b), tendo exercido, também, diversos mandatos. Câmara e Carneiro debateram o tema por longos anos, recorrendo a argumentos da esfera do direito civil, do direito canônico e históricos: “a questão do divórcio, então, passa longe de um debate jurídico, mas adentra exclusivamente na seara da moral e da religião” (SIMÃO, 2015b). Nelson Carneiro também se debruçou sobre o direito canônico para responder aos contrários à aprovação do divórcio (SIMÃO, 2015d). Os debates sobre os diferentes projetos divorcistas versaram até mesmo sobre estatísticas de suicídio e loucura entre casados e divorciados (SIMÃO, 2015c; CÂMARA, 1960, p. 35-52)⁷⁰.

Em 1977, tendo como pano de fundo a derrota da Reforma do Judiciário, mas também freando a transição para a democracia, com a iminente eleição de 1978, Geisel decretou o recesso do Congresso Nacional (Ato Complementar 102/1977), que durou quatorze dias, aproveitando para aprovar modificações na Constituição, com base no Ato Institucional 5, de 1968, que conferia poder ao Presidente da República tanto para o fechamento do Congresso quanto o autorizava a legislar em todas as matérias.

O conjunto de medidas aprovadas por Geisel durante o recesso parlamentar decretado por ele ficou conhecido como Pacote de Abril. Para assegurar a aprovação de emendas constitucionais favoráveis ao governo, após a reabertura do Congresso, reduziu-se o quórum de aprovação de emendas

⁷⁰ O antagonismo entre Nelson Carneiro e Arruda Câmara é verificado, também, nos livros com títulos semelhantes escritos por cada um, em que apresentam sua versão sobre o embate acerca do divórcio. Enquanto o livro de Nelson Carneiro se chama *A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família*, o de Arruda Câmara é *A batalha do divórcio* e traz na capa da 2ª edição a frase “choram as vítimas do divórcio – órfãos de pais vivos”. Diversos debates entre os dois, inclusive no plenário na Câmara, estão retratados em ambos os livros.

constitucionais de dois terços para um terço (EC 8, de 1977, que alterou o art. 48 da Constituição de 1967, com redação dada pela EC 1, de 1969).

Diante dessa mudança, que permitiria a aprovação do divórcio no Brasil após longos anos de disputa legislativa, em agosto do mesmo ano foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição 14, de 1977, que foi aprovada e convertida na Emenda Constitucional 9/1977.

A EC 9/1977 modificou o texto do art. 175, cuja redação original era: “Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel”. O art. 175, § 1º, passou a ter a seguinte redação: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Reportagem da *Folha de S.Paulo* publicada no dia seguinte ao da aprovação da emenda mostrou o abismo entre divorcistas e antidivorcistas e a nítida influência da Igreja Católica e de seus fiéis na corrente contra a dissolubilidade em vida do casamento, com troca de ofensas verbais entre os parlamentares e discursos em tom elevado⁷¹. Os trechos destacados em nota de rodapé da referida reportagem demonstram a dificuldade na aprovação da emenda e a efetiva comoção social causada pela superação de dogma católico no ordenamento jurídico.

Entretanto, para promover a conciliação entre os grupos favoráveis à existência do divórcio e os contrários, possibilitando a aprovação da dissolubilidade do casamento, foi instituída a figura da separação judicial (PEREIRA, 2015, p. 637-638). Esta deveria anteceder o divórcio, atribuindo uma espécie de *status* de

⁷¹ “Num debate emocional que em certo momento levou o deputado Nina Ribeiro (Arena-RJ) às vias de fato com o senador Benedito Ferreira (Arena-GO), que o qualificara de ‘moleque’, o Legislativo debateu ontem, em sessão conjunta durante a manhã, tarde e noite, a emenda sobre o divórcio. As discussões, acaloradas às vezes, chegaram ao nível de expressões como ‘a desquitada é uma mulher cantável’ (Epitácio Cafeteira, MDB-MA), ‘divórcio é fabricação de menores abandonados’ (Antonio Bresolin, MDB-RS), ‘vamos lembrar a hora da Ave Maria’ (Walber Guimarães, MDB-PR, ao ocupar a tribuna às 18 horas). (...) Portela teve de interromper a sessão do Congresso duas vezes, em consequência das manifestações das galerias, onde se encontravam mais de 1.500 pessoas. (...) Vários deputados, como Joir Brasileiro (Arena-BA), condenaram a tentativa de interferência da Igreja na votação, inclusive com a ameaça de excomunhão dos divorcistas. O senador Nelson Carneiro (MDB-RJ) informou que hoje no Exterior, a mulher brasileira é representada em muitas embaixadas pela companheira do embaixador e não pela esposa legítima. Para o divorcista Gióia Junior (Arena-SP) o divórcio não é problema da Igreja e sim do Estado, não podendo em consequência uma religião intervir no comportamento dos que não a seguem” (O DIVÓRCIO ESTÁ APROVADO, 1977).

semicasado, um limbo jurídico, que serviria, em tese, tanto para permitir que o casal refletisse sobre o fim ou não da relação, podendo retornar ao estado de casados, quanto para atender a casais cuja religião, como a católica, não permitiria o divórcio, mas cuja vida em comum não era mais possível (PEREIRA, 2015, p. 637-638).

Ainda sobre a influência dos valores da Igreja na família brasileira para fins jurídicos, destaca-se trecho de verbete sobre a separação escrito por Rodrigo da Cunha Pereira:

O instituto da separação judicial foi mantido no ordenamento jurídico brasileiro por imposição da Igreja Católica, que permitiu, após longa luta pelo então Senador Nelson, Carneiro, o divórcio no Brasil. Entre as condições das negociações estava a manutenção do desquite, para dar opção aos católicos de acabarem com o casamento, mas não romper totalmente o vínculo, ou seja, não poderem casar-se novamente. Daí o “jogo” de palavras da lei para justificar tal incoerência: o casamento acaba, mas não acaba. Nas palavras da lei, a sociedade conjugal termina com a separação judicial, mas ela não dissolve o casamento. Portanto, separação judicial é como um purgatório, um limbo entre o casamento e o divórcio: não é necessário permanecer no casamento, mas também não se pode casar novamente (PEREIRA, 2015, p. 637-638).

A relevância dessa mudança em instituto que se confundia com a própria noção de família foi destacada pelos autores do século XX. No prefácio de seu livro sobre a lei do divórcio, Rubens Limongi França revela essa situação:

É possível que a Lei do Divórcio, constituída pela respectiva Emenda Constitucional n. 9 e pelo diploma que a complementa, seja o mais importante fato de todo o envolver da nossa vida jurídica. Grandes acontecimentos da política, tais como a República e a própria Independência, talvez não tenham tido o condão de modificar as estruturas sociojurídicas, como é provável se dê com a instituição, entre nós, da dissolubilidade do vínculo conjugal (FRANÇA, 1978, p. 8).

Vê-se que a ruptura jurídica com o dogma cristão de indissolubilidade do casamento contou com larga participação social e dependeu de concessão da condição da prévia separação judicial ou de fato, com largo lapso temporal. De tal análise histórica, fica evidente a influência religiosa no conceito jurídico de família, inclusive politicamente, como se denota das palavras de Álvaro Villaça Azevedo sobre o instituto: “o casamento nada mais é do que um elo espiritual, que une os esposos, sob a égide da moralidade e do direito” (AZEVEDO, 2001, p. 23).

É certo que exigir hoje um lapso temporal para permitir o divórcio parece absurdo, mas, aos olhos da sociedade da época, a Lei do Divórcio foi um relevante avanço, permitindo, ainda que com exigências, a dissolubilidade do casamento.

Apesar do fim da indissolubilidade, permanecia o monopólio jurídico da família matrimonial, uma vez que o *caput* do art. 175 da Constituição de 1967, com redação dada pela EC 1/69, continuava prevendo que a família era constituída pelo matrimônio, hegemonia que foi superada em definitivo apenas com a vigência da Constituição Federal de 1988.

Antes de passar à apresentação da nova realidade do direito de família, com a superação do monopólio da família matrimonial, é importante que se lembre que o casamento dentro do conceito tradicional era instituto fundado, segundo doutrina pacífica do período anterior à CF 1988, pela união formal e solene entre duas pessoas de sexos distintos (o que neste trabalho se denomina “gênero”; nos textos originais o vocábulo utilizado era “sexos”) (PEREIRA, 1918, p. 12).

2.3 A família na Constituição de 1988: nova ordem do direito das famílias: pluralidade de famílias, igualdade entre filhos, família como instrumento

A Constituição Federal de 1988 é um marco definitivo na superação da noção jurídica tradicional de família (GODOY, 2005, p. 130). Ela foi elaborada em período de redemocratização, com inclusão de diversos direitos suprimidos ou restringidos durante a Ditadura Militar⁷².

Segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy, o ponto definitivo dessa mudança foi a eleição da dignidade da pessoa humana como valor básico do ordenamento jurídico, mais, de toda a República, portanto, também da família (GODOY, 2005, p. 130; MALUF; MALUF, 2016, p. 75), conforme prevê o art. 1º, III, da CF.

⁷² “A Constituição Federal de 1988 refletiu a ânsia da sociedade brasileira pela normalização do Estado Democrático de Direito, baseando-se na experiência constitucional europeia, em que o predomínio do social encontra evidência, uma vez que ocupa papel de destaque o respeito aos valores mais elevados da natureza humana” (MALUF; MALUF, 2016, p. 62).

Ao se eleger a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, foram impostos reflexos à família e demais disposições constitucionais e do ordenamento jurídico. Foi por esse princípio que se passou a falar na família como meio para atingir a dignidade e não como um fim em si mesma, e é dessa dignidade que decorre o discutido direito à felicidade.

Eduardo Marcon cita, ainda, a igualdade, em relação à dignidade dos indivíduos e destes perante a lei, “respeitadas suas diferenças não relevantes para o ordenamento – tais como sexo, raça, religião, opinião política, orientação sexual – que formam a identidade individual” (MARCON, 2012, p. 78-79); a liberdade (negativa e positiva, de autonomia de agir, e de não ser impedido a agir em determinado sentido que não contrarie a lei ou viole direitos de terceiros) (MARCON, 2012 p. 79-80); a dignidade humana, entre outros.

O pluralismo e a democracia no âmbito dos organismos familiares, bem como a escolha da espécie de família (art. 1º, III), também são reflexos da igualdade dos membros da família (art. 5º, I). A liberdade, a justiça e a solidariedade familiar também são citadas por Adriana e Carlos Dabus Maluf como princípios constitucionais da família (MALUF, MALUF, 2016, p. 75).

A Constituição trouxe, ainda, outros princípios que se aplicam especialmente às famílias, por exemplo, ao determinar que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, destacando-se daí o princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF)⁷³.

Ainda no Título I, Dos Princípios Fundamentais, está entre os objetivos fundamentais da República a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, III, CF). Se há um objetivo da República como esse e uma demanda social pelo reconhecimento de outros modelos de família, nos quais não haja desrespeito a direito de terceiros, mas apenas uma ruptura com o que tradicionalmente se chama de família, há também aí uma importante pedra na construção da compreensão constitucional da família.

Entre os direitos consagrados como resposta ao fim do governo militar, o art. 5º, que trata dos direitos fundamentais, ganhou destaque com a igualdade

⁷³ A solidariedade também pode ser vista em outras disposições constitucionais, como no próprio art. 3º, III, da CF. Tida como princípio constitucional, impõe a mútua assistência entre os familiares, por exemplo (CARDOSO, 2018, p. 74-75).

jurídica entre homens e mulheres (inciso I), que se reflete, também, na igualdade entre os gêneros no âmbito das famílias. Essa igualdade está reforçada pelo art. 226, § 5º, da Constituição.

João Baptista Villela destaca valores trazidos pela Constituição aplicáveis ao ordenamento como um todo, como “tolerância, solidariedade, justiça, paz” (VILLELA, 1997, p. 79).

A luta divorcista, que culminou com a aprovação da EC 9/77 e a aprovação condicionada do divórcio, demonstrou quão difícil é promover mudanças no direito de família. Em razão da conjuntura social e política que envolvia a Assembleia Nacional Constituinte de 1987, houve nítida ruptura com a hegemonia da noção de família matrimonial, até então vigente. Apesar de não vir a dizer o que era família, a Constituição rompeu com algumas injustiças históricas, elevando as relações não solenes (uniões estáveis) e as formações monoparentais ao *status* de família, portanto abrigadas pela especial proteção constitucional do Estado.

José Afonso da Silva, em análise do texto constitucional, reitera o marco da superação da exclusividade da entidade familiar decorrente do casamento como única prestigiada pela Constituição e, conseqüentemente, pelo ordenamento jurídico em geral, já que este deve refletir os valores constitucionais. O autor ainda menciona o brocado latino *ex facto oritur ius*, isto é, do direito nasce o fato. Assim, para José Afonso da Silva, se a realidade faz surgir novas situações que ficam à margem do ordenamento jurídico vigente, em determinado ponto, a pressão desse movimento traz impactos à sociedade. Quando esses impactos se transformam, em alguma medida, em reconhecimento social (a sociedade passa a tolerar e então a aceitar determinada realidade), a pressão social se impõe até que tais fatos sejam disciplinados pelo legislador, até mesmo para que sejam contidos. José Afonso, nessa passagem, relembra o sofrimento de mães solteiras, “marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida como entidade familiar” (SILVA, 2014, p. 872) até então pelas Constituições, que reconheciam como família apenas a biparental (heterossexual). Esse descompasso entre a realidade e a sociedade foi solucionado com o § 4º do art. 226 da CF (SILVA, 2014, p. 872).

Além de romper com o monopólio da família matrimonial (até então, única via apta a criar a família⁷⁴), a CF rompeu com a hierarquia de relações familiares. O casamento, antes da promulgação do novo texto constitucional, era relação hierarquicamente superior a outras relações inseridas no direito de família, mesmo a filiação. Os filhos adquiriam *status* de legítimos, legitimados ou ilegítimos em razão da relação matrimonial ou não de seus pais⁷⁵⁻⁷⁶.

Até então, a legislação não estava comprometida em impedir a submissão dos filhos ao pai (GODOY, 2005, p. 130), tampouco com o ideal de justiça e equidade para com eles. Entretanto, o valor central da dignidade da pessoa humana alçou os filhos (enquanto crianças e jovens) à condição de sujeitos merecedores de tratamento absolutamente prioritário do Estado, da sociedade e da família (GODOY, 2005, p. 131).⁷⁷

A posição hierárquica de superioridade em relação às demais relações protegidas pelo direito de família, como o parentesco, demonstra-se pela impossibilidade, segundo o CC 1916, de reconhecimento do filho adulterino (art. 358), em clara busca pela preservação da família matrimonial em detrimento de filhos que eram excluídos da família em razão da situação matrimonial dos pais. Os filhos também poderiam ser impedidos de residir com seus pais ou mães, caso, em segundas núpcias, o outro cônjuge se opusesse a isso – o que demonstra, de novo, que o casamento tinha prioridade em relação à filiação.

Em função do aumento do rol de formatos de família e da discussão sobre seus novos parâmetros, os autores vêm elencando os direitos e princípios constitucionais aplicáveis à família, entre os quais recebem destaque as previsões

⁷⁴ Veja-se que essa modificação não foi exclusivamente brasileira. Ao introduzir a sociologia contemporânea das famílias e a fluidez desse termo, Singly relata que após 1960 começou um movimento mais intenso de alteração desse conceito, sendo que “a instituição do casamento deixou de ser a única porta de entrada na família” (SINGLY, 2011, p. 7).

⁷⁵ Até a superação da exclusividade da família matrimonial, com a CF 88, “a mera parentalidade dissociada do matrimônio não constituía família. É certo que a consanguinidade gerava efeitos jurídicos, mas não eram suficientes para formar e preencher o invólucro conceitual da família, a teor dos arts. 95 e seguintes da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas” (HIRONAKA, 2015, p. 55. Grifei).

⁷⁶ Diga-se que a hierarquia entre casamento e união estável ainda não é pacificada na doutrina, apesar de decisão recente do STF sobre a igualdade de regimes sucessórios entre união estável e casamento, que será abordada a seguir.

⁷⁷ “Abandona-se uma ordenação fulcrada na hierarquia e na maximização do potencial econômico da família, para normatizá-la de modo a pressupor que em suas relações haja um necessário componente existencial, um forçoso prestígio à dignidade de qualquer de seus membros” (GODOY, 2005, p. 131).

dos arts. 1º, 3º, e 5º, além dos artigos especificamente aplicáveis à família (arts. 226 a 230, CF).

A partir da inauguração do que vem sendo chamado de direito das famílias, com a ruptura do monopólio da família matrimonial, passou a ser admitido mais um conceito relevante: o afeto, já anteriormente apresentado, que vem sendo colocado ao lado da consanguinidade e da adoção, como elemento apto para a constituição de família (LÔBO, 2011, p. 118; MADALENO, 2015, p. 104).

Essas inovações implicaram a superação da associação entre casamento e família, causando certa dificuldade na doutrina em definir o que vem a ser família. Maria Berenice Dias, em seu *Manual de direito das famílias*, apresenta, por exemplo, item intitulado “Conceito atual de família”. Entretanto, não apresenta um conceito nos moldes do que Giselda Hironaka chama de “família é” (HIRONAKA, 2015, p. 54), mas apenas contornos genéricos, reiterando a superação da família exclusivamente matrimonial e indicando novos elementos apropriados pelo direito em tal definição (como o afeto) (DIAS, 2011, p. 42-44).

Esses novos paradigmas, que culminaram com o alargamento jurídico da família, foram decorrentes de relevantes alterações sociais, como a luta feminista, a abertura do mercado de trabalho para mulheres, a pílula anticoncepcional e a equalização da posição dos cônjuges em razão da emancipação feminina pela economia (necessidade de mão de obra, associada à urbanização) (HIRONAKA, 2017).

Assim, passa-se da família eminentemente patriarcal para o que se chama de família democrática, com igualdade jurídica entre homens e mulheres, que passam a comandar conjuntamente a unidade familiar, ouvindo os filhos para esse fim (HIRONAKA, 2017).

A Constituição de 1988 veio colocar sob o manto da proteção especial da família uma quantidade muito grande de relações que não eram juridicamente reconhecidas como tais, sendo essa modificação de grande relevância social⁷⁸.

⁷⁸ O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realiza levantamentos, desde 1995, sobre as famílias chefiadas exclusivamente por mulheres. Em 1995 (primeiro registro) essas formações representavam 15,8% das famílias, e em 2015 eram 16,3% do total. Caso as unidades monoparentais não tivessem sido reconhecidas como família pela CF 88, um grande contingente do total do que hoje consideramos família não teria proteção especial. Cf. IPEA, *Retrato das desigualdades de gênero e raça*, Tabelas 2.1 e 2.2.

As famílias monoparentais (especialmente chefiadas por mulheres) são uma realidade há muito e não apenas no Brasil. Sua expansão é colocada por Eric Hobsbawm como uma das mudanças culturais do século XX (1995, p. 324).

Entre os novos formatos de família juridicamente reconhecidos está a união estável, antes configurada como concubinato ou família de fato. Apesar de suas críticas de ordem subjetiva a tais situações⁷⁹, Álvaro Villaça discutia antes do advento da Constituição de 1988 a necessidade de regulamentação do que chamava de “uniões concubinárias” e “casamento de fato”, que vieram a ser consagradas no texto constitucional como “união estável” (AZEVEDO, 2001, p. 24), pois muitas famílias (assim socialmente reconhecidas) ficavam à margem da proteção legal em razão de seu não reconhecimento jurídico (AZEVEDO, 2001, p. 26), mesmo sentido em que se manifesta José Afonso da Silva, conforme trecho acima destacado de sua obra.

Em um país de extensão continental, com extrema desigualdade socioeconômica e dificuldade de acesso ao Poder Judiciário, especialmente antes da criação das Defensorias Públicas, muitas pessoas viviam (e ainda vivem) em relação conjugal não reconhecida pelo ato solene do casamento em decorrência dessas especificidades, por exemplo, por dificuldade econômica para dissolver juridicamente casamento anterior em que já houve separação de fato (AZEVEDO, 2001, p. 251)⁸⁰.

Até a Constituição de 1988, a legislação pouco cuidou das relações não matrimoniais, criando problemas sociais (AZEVEDO, 2001, p. 221) pelo não reconhecimento dessas relações. Com o passar dos anos, em certas circunstâncias, foram conferidos direitos às chamadas concubinas, seja pela legislação ou pela jurisprudência, com exceção dos casos em que a união era considerada adúltera ou incestuosa (AZEVEDO, 2001, p. 221-226 e 231-148).

⁷⁹ “Muita crítica tem sido feita ao instituto do casamento, em razão da oficialidade que ele demonstra em sua fase de concretização, como se o formalismo, que o envolve, fosse culpado pela infelicidade dos casais. Estes preferem, no mais das vezes, a vida livre e irresponsável, no sentido de não estarem presos às normas de ordem pública, que programam e defendem os que se unem pelo matrimônio” (AZEVEDO, 2001, p. 23).

⁸⁰ Além disso, até o ano de 1977 os separados de fato ou desquitados não podiam constituir nova família perante o Estado: “Com o crescente número de desajustamentos conjugais, principalmente nos grandes centros urbanos aumentaram os casos de desquite (hoje separações judiciais), com a consequente impossibilidade de novas uniões legítimas, até que se editasse, em 26 de dezembro de 1977, a Lei 6.515, chamada do divórcio” (AZEVEDO, 2001, p. 221).

A união de fato, como Álvaro Villaça chamava a união estável, era ignorada até então pelos textos constitucionais que se sucederam e pela lei ordinária. Era “como se ela não existisse” (AZEVEDO, 2001, p. 258), mas passou a ser prevista pela CF 1988, inaugurando nova era “de compreensão aos conviventes” (AZEVEDO, 2001, p. 296).

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, bastaria ao legislador constituinte ter reconhecido a família como base da sociedade, dedicando-lhe especial proteção do Estado, “podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição de família. Sim, **porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele constituir sua família**” (AZEVEDO, 2001, p. 297. Grifei)⁸¹.

Pela construção histórica do instituto e pela própria redação do texto constitucional, que determina que a lei deve facilitar a união estável em casamento, há entendimento, hoje minoritário, de que ela seria uma espécie de segunda classe de forma de constituição de família. Para Miguel Reale, a família constituída pelo matrimônio era a entidade familiar máxima, ao passo que a união estável está “entre o casamento e o concubinato (...) Tão significativa é a posição inferior da união estável em confronto com o casamento que, em matéria sucessória, a companheira e o companheiro não são equiparados aos cônjuges” (REALE, 2003).

Entretanto, essa posição ficou ainda mais distante da interpretação constitucional dada pelo STF, com o julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, que, em repercussão geral, aprovou a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil”. A decisão foi por maioria, estando entre os vencidos o Ministro Dias Toffoli, que entendeu da seguinte maneira:

⁸¹ “O homem é um ser gregário, necessitando de viver em família, cujo modo de constituição ele escolhe, firmando-se um costume admitido em sua coletividade, que vai transpondo gerações. Esse anseio popular, embora nasça de um contrato convivencial, é algo que ultrapassa a noção de instituto jurídico, é um organismo institucional, que se fundamenta no Direito Natural. O Direito Humano deve intervir, somente, para evitar lesões, locupletamentos indevidos, fazendo reinar a responsabilidade, ainda mais fortemente, nas convivências livres” (AZEVEDO, 2001, p. 297).

Certo é que a norma civil apontada como inconstitucional não hierarquizou o casamento em relação à união estável, mas acentuou serem eles formas diversas de entidades familiares, nos exatos termos da exegese do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Assim, as famílias constituídas por casais que se relacionam estavelmente sem que suas relações sejam formalizadas pela solenidade do matrimônio hoje possuem abrigo constitucional, tendo sido suas consequências sucessórias equiparadas ao casamento, no que tange à aplicação do art. 1.829 do Código Civil, por análise de ordem constitucional dessa desequiparação⁸².

Paulo Lôbo destaca a importância da Constituição de 1988 para a ampliação da proteção do espaço familiar. Ainda que com forte intervenção para fins de proteção dos entes vulneráveis nessa relação, como os filhos menores, o texto coloca a família a salvo de indevidas intervenções do Estado, uma vez que é sua base e “não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado” (LÔBO, 2011, p. 35).

A Constituição de 1988 inaugura, portanto, um novo momento no direito de família, admitindo a modificação jurídica de conceito, que sofreu lentas modificações desde o fim do século XIX e ao longo do século XX⁸³, sempre atrasadas em relação às mudanças sociais, especialmente após a década de 1960. O novo texto constitucional manteve o destaque desse instituto no ordenamento, porém modificando seus conceitos mais basilares, incluindo formatos antes não protegidos juridicamente (TEPEDINO, 1997, p. 48).

Foi dentro dessa ruptura que se instaurou no ordenamento brasileiro o alargamento do conceito de família, que se intensificou com a luta social pelos direitos da comunidade LGBT no Brasil. Para além das formas de família expressamente previstas, há forte corrente doutrinária (HIRONAKA; SILVA, 2015, p. 415; LÔBO, 2011, p. 82) e jurisprudencial⁸⁴, que entende que a Constituição

⁸² Diga-se que ao julgar os embargos de declaração opostos pelo IBDFAM em face do acórdão do RE 878.694, o STF decidiu que a repercussão geral se aplicava apenas à aplicação do art. 1.829, no lugar do art. 1.790, tido como inconstitucional, ambos do CC, mas que tal decisão não abrangeu a análise dos demais artigos que tratam do regime sucessório de cônjuges e companheiros, não tendo sido analisado, em especial, a integração constitucional do companheiro como herdeiro necessário.

⁸³ Cláudio Godoy coloca a Constituição Federal como consolidação de um caminho que vinha sendo construído paulatinamente pela legislação esparsa, que acabou por modificar a estrutura, a função e o panorama da família no ordenamento jurídico (GODOY, 2005, p. 129).

⁸⁴ *Vide* análise de julgados neste estudo.

Federal de 1988 trouxe rol exemplificativo de tipos familiares, de modo que o art. 226 constituiria “cláusula geral de inclusão” (MARCON, 2012, p. 96).

O período histórico em que foi elaborada e promulgada a CF 1988 era de afirmação de direitos após o Golpe Militar. Posteriormente, passou-se pela judicialização *inter pars* de ações relacionadas a casais homoafetivos no fim dos anos 1990 e início dos anos 2000 (AZEVEDO, 2001, p. 473-476), até que ações judiciais sobre o tema (apesar da absoluta inércia do Legislativo em tratar especificamente dessa população vulnerável) chegaram ao STJ e, por fim, ao STF, que pôde então declarar a existência constitucional da família homoafetiva, apesar da redação literal do art. 226, § 3º, da CF – “é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher**”, pela interpretação sistemática do texto.

A superação de outros paradigmas do conceito tradicional de família passou a ser objeto da prática jurídica e da doutrina, mais recentemente, pela via judicial, diante de casos concretos, como o reconhecimento de famílias paralelas (que se choca com o dever conjugal de fidelidade e com a premissa aceita majoritariamente no Ocidente da monogamia), estando a família homoafetiva muito mais consolidada social e juridicamente do que outros formatos que preveem superação de critérios tradicionais do conceito de família⁸⁵.

2.4 Elementos do conceito de família e da proteção especial a ela destinada na legislação infraconstitucional e em políticas públicas

Como demonstrado, o direito brasileiro, até o terceiro quarto do século XX, pautava-se em valores católicos para a definição de família, afastando-se desses valores para atender a novas demandas sociais, como o divórcio, e para abarcar outras conformações sociais sob a proteção jurídica do instituto família, ao qual deve ser conferida especial proteção.

⁸⁵ “Nas hipóteses em que se admite o reconhecimento das famílias paralelas, esse se pauta na proteção àqueles que durante muitos anos agiram como família e assim se reconheciam, a despeito da existência de uma das partes, via de regra o homem, ter, paralelamente, outra família, matrimonial ou reconhecida como união estável. Em sentido favorável, ainda minoritário na jurisprudência, *vide* julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível, Relator Alzir Felipe Schimtz, Apelação Cível n. 70024427676. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência de repercussão geral em caso que trata da possibilidade de uniões concomitantes, cujo caso pende de julgamento e se encontra concluso com o relator, Min. Teori Zavascki desde 21 de janeiro de 2015, sendo que a repercussão geral foi admitida aos 09 de março de 2012 (ARE 656298 – Recurso Extraordinário com Agravo. Informações obtidas junto ao *site* do STF aos 26 de novembro de 2015)” (LIMA, 2017, p. 136).

Entre a proteção especial destinada pelo Estado à família, podemos mencionar a legislativa, assegurando direitos e deveres recíprocos a seus membros e contra terceiros, inclusive direitos em face do próprio Estado (MALUF; MALUF, 2016, p. 65)⁸⁶, bem como a criação de políticas públicas especificamente voltadas para esse núcleo social.

Dentre a legislação federal infraconstitucional em vigor que traz elementos que auxiliam na definição jurídica de família, foram selecionadas leis que eram do conhecimento da autora que regulamentam as relações familiares, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002, a Lei Maria da Penha, e, entre os projetos de lei em andamento, o Estatuto das Famílias e o Estatuto da Família. Além dessas normas, foram identificadas outras por meio de busca nos sítios eletrônicos do Senado e da Câmara utilizando os termos “família” e “familiares”, tendo sido feita extensa seleção das normas das quais se poderia utilizar elementos para definição do conceito de família.

O Estatuto do Estrangeiro, por exemplo, prevê direito a estrangeiro que tiver brasileiros em sua família, impedindo até mesmo sua expulsão do país se tiver filho brasileiro que esteja sob sua guarda e dependa dela (art. 75, Lei n. 6.815/80). Já a Lei n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, considera família do servidor o cônjuge, o companheiro que demonstrar sua união estável, filhos e “quaisquer pessoas que vivam às suas expensas e constem do seu assentamento individual” (art. 241). A Lei n. 2.378/54 previu espécie de indenização à família de expedicionário falecido ou desaparecido nas operações na Itália, considerando família, para aquele fim,

1º, a viúva; 2º, os filhos menores e filhas maiores solteiras, bem como filhos maiores inválidos que não possam prover os meios de subsistência; 3º, as filhas viúvas ou desquitadas; 4º, a mãe viúva ou solteira, bem como a desquitada, que por ocasião da morte do “de cujus” já se achava legalmente separada; 5º, o pai inválido que vivia às expensas do “de cujus”; 6º, os irmãos menores e maiores interditos que viviam às expensas do, “de cujus” bem como às irmãs germanas e consanguíneas solteiras; 7º, as irmãs germanas viúvas ou desquitadas, que por ocasião da morte do “de cujus” já se achavam legalmente separadas.

⁸⁶ “No que tange ao direito de família, encontram-se elencadas na Constituição Federal duas classes de princípios: os relativos à garantia dos membros da família quanto à sua liberdade em face das influências externas e os relativos aos direitos dos membros da família diante do próprio Estado, visando à efetividade dos direitos que lhe são garantidos constitucionalmente” (MALUF; MALUF, 2016, p. 65).

O ECA consagra a ideia de solidariedade familiar, no caso especialmente destinada a crianças e adolescentes, população objeto dessa lei, reiterando o dever de cuidado, com a prioridade absoluta prescrita na CF que a família deve ter com as crianças e adolescentes pertencentes a ela (art. 4º)⁸⁷.

Apesar da relevância da relação parental filial e do dever de amparo aos filhos menores, o ECA não impõe o dever de exercer a maternidade àquelas que não queiram ou não possam fazê-lo (conforme modificação recente, trazida pela Lei n. 13.257/2016), garantindo que o Estado receberá os filhos de gestantes ou mães que manifestem o desejo de entregá-los para adoção (art. 13, § 1º).

Ainda, o exercício da parentalidade tem limites expressos nessa lei, sendo vedado o “uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto”, por parte dos pais ou de outros familiares (art. 18-A, ECA), ficando obrigados os pais a matricular os filhos na rede regular de ensino (art. 55, ECA). Isso demonstra que a relação parental filial, de grande relevância jurídica, deve ser exercida dentro de parâmetros estabelecidos pelo Estado, sob pena de sanções que podem levar até à destituição do poder familiar (art. 129, ECA).

A escolha legislativa da terminologia da legislação também merece destaque. O termo “pátrio poder”, presente na redação original do ECA, foi substituído em 2009 por “poder familiar” (art. 21 e outros), demonstrando a superação da família patriarcal, e reflete a realidade de famílias em que não existe pai, seja por serem monoparentais, seja por serem homoafetivas. Essa lei ainda faz uso de terminologia antiquada, “família natural”, utilizada como sinônimo de família biológica: “Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, e “família substituta”, em caso de adoção (art. 28).

O Estatuto também traz o conceito de família extensa ou ampliada, “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade” (art. 25, parágrafo único, ECA), e que estabelece deveres em relação à criança e ao adolescente (art. 18-A),

⁸⁷ Há, ainda a obrigação da sociedade e do Estado, assim como na redação do texto constitucional, uma vez que esses indivíduos receberam proteção especial, por escolha legislativa.

demonstrando que as relações familiares com crianças são juridicamente tuteladas, além das relações entre ascendentes e descendentes.

O ECA define que a família substituta deve, prioritariamente, estar no seio da sua comunidade de origem ou ser constituída por membros da mesma etnia da criança ou adolescente (art. 28, § 6º, II). Antes de recorrer à adoção, deve-se tentar mantê-los junto à família extensa (art. 39, § 1º).

A importância da relação parental filial é percebida pela regulamentação do direito de filiação, inscrito como personalíssimo, indisponível e imprescritível (art. 27, ECA), e não deve estar submetida ou limitada pela sua origem extramarital (art. 26, ECA), o que reforça a superação da matrimonialização da família, em sentido diverso do CC 1916. Este categorizava os filhos em decorrência da origem, denominando ilegítimos aqueles cujos pais não fossem casados entre si (arts. 337 e 355 e seguintes).

O ECA prescreve que a adoção pode ser feita individual ou conjuntamente, desde que os adotantes sejam casados entre si ou vivam em união estável (art. 42, § 2º), o que indica que, apesar da superação da matrimonialização da família, ainda há a associação entre casal e família. A escolha legislativa poderia permitir que irmãos ou amigos adotassem conjuntamente uma criança, assumindo a responsabilidade como pais, sem manter entre si relação romântico-sexual, de modo que há indicativo da importância das relações afetivo-sexuais na formação da unidade familiar.

Em 2002 foi promulgado o novo Código Civil Brasileiro, que veio regulamentar as partes geral e especial dessa matéria. O conceito de família é utilizado diversas vezes no texto da lei, sem ser especificado. Por exemplo, ao tratar de responsabilidade civil em casos de homicídio (art. 938), o Código determina que, entre outras, a indenização repare o luto da família, mas não especifica quem seriam os membros da família cujo luto seria indenizável.

Além da utilização do conceito de família ao longo do texto para disposições acerca de outras matérias, o CC 2002, em sua parte especial, traz no Livro IV disposições Do Direito de Família. A ordem dos temas tratados pela lei merece destaque inicial: o tema é iniciado sem qualquer definição ou exemplificação do que seria família, falando diretamente do casamento.

Apesar do distanciamento do ordenamento jurídico da religião, sua separação ainda não ocorreu totalmente, sendo que o Código admite o casamento religioso com fins civis (art. 1.516). É em um dos artigos que tratam do casamento que os defensores da impossibilidade jurídica de casamento entre pessoas do mesmo gênero baseiam seu principal argumento contrário: “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que **o homem e a mulher** manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”.

A suposta vinculação à dualidade de gêneros pelo uso desses termos ao tratar do casamento, como será melhor abordado no Capítulo 4, ainda é objeto de ação no STF⁸⁸, mas esta já foi apreciada pelo STJ⁸⁹, tendo sido superada redação semelhante da CF no caso da união estável⁹⁰.

O Código é bastante extenso em normas sobre quem pode ou não casar, impondo restrições a certos casamentos, como o da viúva ou do viúvo que tenha filhos da relação com o falecido enquanto não fizer a partilha dos bens deste (art. 1.523, I). Por outro lado, determina a inviolabilidade da comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513), sem, novamente, esclarecer o que seria a comunhão de vida e quais os limites da impossibilidade de interferência nesta. Por exemplo, seria a proteção prevista na Lei Maria da Penha uma exceção a tal inviolabilidade? O CC 2002 não traz solução para essas questões, tendo se dedicado mais a regulamentar aspectos patrimoniais e formais de celebração do casamento. Tãmanha foi a preocupação com a família matrimonial que o CC 2002 deixou de “disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela constituição como entidades familiares” (DIAS, 2012, p. 34), demonstrando que, apesar de recente, manteve forte influência do direito de família do início do século XX.

Após as disposições sobre o casamento, o CC 2002 trata da proteção da pessoa dos filhos, essencialmente prevista para casos em que os pais não sejam casados ou conviventes, sem trazer previsões de proteção dos filhos em outras hipóteses, como de famílias monoparentais ou de proteção em relação a condutas dos próprios pais que sejam casados entre si ou vivam em união

⁸⁸ Cf. ADI 4.966.

⁸⁹ Cf. REsp 1.183.378/RS.

⁹⁰ Da mesma forma que o art. 226, § 3º, da CF foi utilizado pelos opositores da união homoafetiva, argumento rejeitado pelo STF no julgamento da ADI 4.277/ADPF 132.

estável. Tais previsões são superficialmente abordadas ao tratar do poder familiar (art. 1.630 e seguintes).

O Código define, ainda, as relações de parentesco, com ênfase especial para a filiação, que, ao lado do casamento, é a relação dentro do direito de família que recebe maior atenção do legislador constitucional e infraconstitucional.

Após a regulamentação sobre o poder familiar dos pais em relação aos filhos menores, a lei passa a dar tratamento patrimonial para a família, em especial sobre regimes de bens e suas consequências e alimentos.

Apenas após esse tema o CC 2002 aborda especificamente a união estável (art. 1.723 e seguintes). A redação da definição de união estável também foi usada pelos contrários ao reconhecimento da família homoafetiva: Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Como será tratado nos Capítulos 5 e 6, a literalidade da redação foi superada pelo STF no julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132.

Tanto a Constituição de 1988 quanto o Código Civil de 2002 utilizam o termo “entidade familiar” ao falar da existência jurídica da união estável. Essa escolha pode indicar diferença entre família e entidade familiar, o que não fica explícito pelos textos. Certo é que o CC 2002 deu tratamento diverso ao cônjuge e ao companheiro, especialmente ao tratar da sucessão: incluiu apenas o cônjuge entre os herdeiros necessários, cujas disposições estão no art. 1.845 e seguintes, e deu tratamento específico ao companheiro no art. 1.790, causando grandes discussões sobre o tema.

O tema é objeto de embate jurídico há tempos⁹¹, destacando-se Giselda Hironaka, que, em sua tese de defesa de titularidade como professora da Faculdade de Direito da USP, afirmou:

⁹¹ No julgamento do RE 878.694, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, consignou: “O tema objeto deste recurso tem gerado significativa judicialização, com frequentes decisões em sentidos divergentes. A título ilustrativo, os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio de Janeiro chegaram a conclusões opostas sobre a questão, ambos em sede de arguição de inconstitucionalidade. O TJ-SP – a exemplo do TJ-MG – entendeu pela constitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002, enquanto o TJ-RJ manifestou-se pela sua inconstitucionalidade. No Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia acerca da constitucionalidade do dispositivo do Código Civil chegou a ser afetada à Corte Especial” (p. 3 do voto).

o art. 1.790 do CC/2002 restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável! (HIRONAKA, 2011, p. 420).

Os Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, julgados em conjunto, tiveram como objeto a constitucionalidade desse tratamento desigual, sendo o primeiro caso referente a relação heteroafetiva e o segundo, a relação homoafetiva. Em caso concreto em que se decidiu acerca da concorrência da companheira sobrevivente sem descendentes com o falecido, que também não deixou ascendentes, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, sintetizou: “A controvérsia constitucional em questão pode ser sintetizada na seguinte proposição: é constitucional a distinção, para fins sucessórios, entre a família proveniente do casamento e a proveniente de união estável?”.

Nesse julgamento houve várias considerações sobre o núcleo do conceito de família. O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, expressamente afirmou que da interpretação conjunta de diversos artigos da Constituição, tais como os arts. 205, 225, § 7º, 227 e 230, seria possível se extrair a noção de funcionalização da família, que seria o instrumento pelo qual se buscaria a efetivação “da dignidade e da realização existencial de seus membros” (p. 20 do voto).

Assim, o ministro entendeu que a diferenciação nos regimes jurídicos de cada modalidade familiar só é legítima se existir motivo para tal diferenciação que seja peculiar a essa modalidade. Citou como exemplo a diferente exigência para comprovação do casamento e da união estável. Seguindo argumento utilizado também em relação ao casamento homoafetivo⁹², Barroso entendeu que o fato de a união estável poder ser convertida em casamento decorre de ser este mais formal, publicizado, e não de que um seria o caminho para o outro, em escala hierárquica.

⁹² No voto apresentado pelo relator no julgamento do REsp 878.694/MG, é expressamente citado trecho do acórdão da ADPF 132 para justificar esse entendimento.

No julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694 e 646.721, o STF, em maio de 2017, com repercussão geral, aprovou a seguinte tese: “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil”.

A Lei Maria da Penha, que visa coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, reconhece esta como detentora de direitos individuais específicos dentro da relação familiar, sendo vedada a violência contra ela mesmo em relações familiares, mesmo já tendo sido socialmente e juridicamente tolerável.

De forma inovadora, a Lei Maria da Penha reconhece indiretamente a existência da relação familiar homoafetiva, pois expressamente prevê que as relações dentre as quais se insere a incidência dessa lei independem de orientação sexual (art. 5º, parágrafo único).

Pode-se, assim, extrair dessa norma que as relações familiares merecedoras de tutela estatal, especificamente, no caso, para proteção da mulher, não podem se pautar em relações violentas, e que o Estado reconhece a existência de relações familiares homoafetivas entre lésbicas, concedendo a tais relações a proteção de não serem relações familiares violentas.

A Lei n. 11.924/2007 (Lei Clodovil) autoriza o enteado a adotar o sobrenome do padrasto, sem prejuízo de seus nomes de família originais. Apesar de não tratar expressamente do conceito de família, essa lei tem sido reconhecida pela importância que atribui à relação socioafetiva entre padrastos e enteados, que pode resultar até mesmo na inclusão de sobrenome, em exceção ao rigor da Lei de Registros Públicos.

Em 2012, foi aprovada a Lei n. 12.647/2012, que institui o Dia Nacional de Valorização da Família, a ser comemorado todo dia 21 de outubro, segundo justificativa do então projeto de lei:

é notório o papel fundamental que esta instituição desempenha como núcleo vital da sociedade. É na família que valores como igualdade, tolerância e responsabilidade são mais naturalmente adquiridos e onde se aprendem ideais como reciprocidade, cooperação e solidariedade, tão necessários à formação individual e à convivência social. O Projeto visa criar momentos de reflexão para chamar a atenção da sociedade, de governos e responsáveis por políticas locais para a importância da família como instituição fundamental para o desenvolvimento humano.

Reflexão esta, que leve ao investimento em políticas públicas que promovam, entre tantas carências familiares, a igualdade de posição entre os cônjuges; assistência social à infância e juventude; resolução dos problemas do desemprego; acesso à educação; e condições dignas de moradia, gerando estruturas sociais que permitam às famílias marginalizadas atingir condições mínimas de estabilidade. Pretende-se, portanto, despertar e alertar a todos para a importância de analisar questões fundamentais relacionadas à família, tornando-a uma comunidade onde naturalmente se desenvolvem os laços afetivos e solidários, onde os filhos aprendem a amar e encontrem em seu lar, um espaço capaz de forjar as virtudes necessárias ao bem-estar da sociedade e do Estado. Pela importância da matéria, esperamos contar com o apoio dos Nobres Pares para esta iniciativa que reconhece e homenageia a família brasileira, célula indispensável na formação de verdadeiros cidadãos e reforça a importância desta instituição para a promoção da pessoa e de sua dignidade para a construção de um país justo e solidário. Desta forma, estaremos apostando na família como a melhor via para a construção de um futuro menos tenso e menos violento⁹³.

Em razão da disputa social e política pela definição jurídica do conceito de família, o Congresso vem debatendo o tema, por meio de enquetes⁹⁴, projetos de lei e audiências públicas desde meados dos anos 1990, quando se intensificaram as decisões judiciais favoráveis ao reconhecimento de direitos inerentes a relações familiares para uniões homoafetivas.

Além das mencionadas leis, diversos projetos de lei foram apresentados desde os anos 1990, a fim de regulamentar a questão, tais como o PL 1.151/1995 da então Deputada Marta Suplicy, que visava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo gênero, e foi arquivado em 2001 (o projeto acabou não sendo colocado em votação por acordo de lideranças). Em 2001, em face das discussões promovidas sobre o PL 1.151/95, foi proposto pelo então deputado

⁹³ A Justificativa pode ser acessada em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=593131&filename=PL+3905/2008>, consultada em 15 dez. 2016.

⁹⁴ Em fevereiro de 2014, a Câmara dos Deputados criou enquete em seu sítio eletrônico com a seguinte pergunta: Você concorda com a definição de família como núcleo formado a partir da união entre homem e mulher, prevista no projeto que cria o Estatuto da Família? As opções de resposta eram “Não”, “Sim” e “Não tenho opinião formada”. A enquete não tinha finalidade estatística, de acordo com a própria Câmara, mas seria “termômetro” e espaço para o debate público. É importante destacar que o controle de registro de votos não era feito de modo a garantir que houvesse apenas um voto por pessoa, criando verdadeira batalha virtual entre as duas correntes. Em fevereiro de 2017 a enquete foi encerrada, por motivos técnicos da Câmara dos Deputados (para maiores esclarecimentos, confira <<http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/institucional/materias/INSTITUCIONAL/522754-NOTA-DE-ESCLARECIMENTO-SOBRE-AS-ENQUETES-NO-PORTAL-DA-CAMARA.html>>). O resultado final expressa em números a relevância social do tema: mais de 10 milhões de votos, dos quais 51,62% responderam “Não”, ou seja, discordaram do conceito de família previsto no Estatuto da Família (5.307.905 votos), 48,09% concordaram com esse conceito (4.944.827 votos) e 0,29% não tinham opinião formada (29.338 votos). O resultado da enquete, bem como os comentários deixados por usuários, podem ser conferidos em <<http://www2.camara.leg.br/enquetes/resultados/enquete/101CE64E-8EC3-436C-BB4A-457EBC94DF4E>>.

Roberto Jefferson o PL 5.253/2001, prevendo a criação do pacto de solidariedade, que também nunca foi votado. Após esses projetos, foi apresentada a PEC 66/2003, proposta pelo Senador à época Sérgio Cabral, que propunha alterar o § 3º do art. 226 da CF para incluir a possibilidade de união estável homossexual, o que acabou sendo retirado em 2006 pelo próprio proponente. O PL 2.383/2003, da então Deputada Maninha, que previa a alteração da Lei n. 9.656/88, para que os companheiros homossexuais pudessem ser incluídos como dependentes nas operadoras de planos de saúde, teve a tramitação obstada após recurso contra parecer favorável. O PL 6297/2005, do então Deputado Maurício Rands, previa a inclusão do companheiro homossexual como segurado do INSS e do servidor público civil, acabou arquivada. O PL 2.285/2007, do Deputado Sérgio Carneiro, visava à instituição do Estatuto das Famílias e acabou sendo arquivado; posteriormente, projeto no mesmo sentido foi proposto no Senado, conforme exposto a seguir. A esse projeto foi apensado o PL 4.508/2008, do Deputado Olavo Calheiros, que visava à proibição de adoção por casais homossexuais, também arquivado. Em igual sentido o PL 7.018/2010, do Deputado Zequinha Marinho, também arquivado. O PL 4.914/2009, de autoria conjunta de diversos deputados, previa a alteração do CC para incluir a união estável homoafetiva, vedada sua conversão ao casamento, acabou arquivado.

Para identificação dos projetos de lei em andamento sobre o tema foram feitas pesquisas nos sítios eletrônicos das duas Casas, com filtro para projetos em tramitação, com os termos “família\$”, “casamento” e “união estável”.

Foram identificados no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado 612/2011 e o projeto do Estatuto das Famílias (PLS 470/2013); na Câmara dos Deputados, o projeto do Estatuto da Família, Projeto de Lei 6.583/2013⁹⁵.

O teor dos projetos de lei identificados demonstra a disputa política pela definição do conceito de família, que atualmente vem sendo definida pelo Judiciário, por decisões judiciais sobre casos em que se pleiteia o reconhecimento de vínculos familiares diversos dos tradicionais (além das famílias homoafetivas, podemos mencionar os vínculos socioafetivos de filiação e a

⁹⁵ Ao longo do estudo para elaboração desta dissertação, foram identificados outros projetos de lei em andamento, em especial o de número 580/2007 (MARCON, 2012, p. 113), que não haviam sido localizados em razão de terem sido propostos ou desarquivados após a pesquisa de identificação dos projetos.

multipartalidade⁹⁶), e pelo Executivo, que fixa quais são as relações reconhecidas como família para fins de políticas públicas, como programas sociais.

Na Câmara dos Deputados, entre os projetos identificados está o PL 580/2007, de autoria do Deputado Clodovil Hernandez, que propõe a criação do art. 839-A, no Código Civil, prevendo contrato de união homoafetiva, para dispor sobre as relações patrimoniais de pessoas do mesmo gênero. A esse projeto foram apensados diversos outros: PL 4.914/2009, por deputados de diversos partidos (PT, PC do B, PSB, PP, PSOL, PV, PTB, DEM, PPS, PMDB, PDT e PSDB), que prevê a união estável para pessoas do mesmo gênero, excetuada apenas a possibilidade de conversão em casamento. O projeto prevê em sua justificção a normatização de vasta jurisprudência; PL 5.167/2009, que, em sentido contrário, visa estabelecer que “nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar”; PL 1.865/2011, cujo objeto é a facilitação da conversão da união estável em casamento, mas que objetiva excluir a união estável entre pessoas do mesmo gênero, devendo ser considerado o “sexo determinado no registro de nascimento”, ainda que a pessoa tenha passado por cirurgia de redesignação sexual e que tenha alterado o nome e o sexo registral por ordem judicial; o PL 5.120/2013, de autoria dos Deputados Federais Jean Wyllys e Erika Kokay, que visa reconhecer pela via legislativa a união estável e o casamento homoafetivos. Também foi apensado ao PL 580/2007 o PL 5.167/2009, que, em sentido contrário, visa estabelecer que “nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar”. Todos esses projetos foram desarquivados pelo Requerimento 124/2015, do Deputado Jean Wyllys, e, em novembro de 2018, aguardavam votação da Comissão de Seguridade Social e Família⁹⁷.

⁹⁶ Situação em que um filho tem mais de dois pais e uma mãe, por exemplo. A questão tem sido amplamente debatida em casos de filiação socioafetiva concomitante com vínculo parental filial biológico.

⁹⁷ Em junho de 2018, o projeto foi remetido à Comissão de Seguridade Social e Família, tendo sido designado como relator o Deputado Juscelinho Filho (DEM-MA), com reabertura de prazo para emendas e encerramento desse prazo sem apresentação de emendas em setembro de 2018. A tramitação desse PL pode ser acessada no *link* disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=19FA47CBD3780EF4620883A6DA1D7BBA.node2?idProposicao=346155&ord=0>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

Em 2011, a Senadora Marta Suplicy apresentou projeto de lei do Senado, numerado como PLS 612/2011, que visa à alteração dos arts. 1.723, *caput*, e 1.726, incluindo parágrafo único nesse dispositivo, do Código Civil de 2002, para suprimir o uso da expressão “entre o homem e a mulher” para a configuração de união estável. A redação proposta para os dispositivos é a seguinte:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento formulado dos companheiros ao oficial do Registro Civil, no qual declarem que não têm impedimentos para casar e indiquem o regime de bens que passam a adotar, dispensada a celebração.

Parágrafo único. Os efeitos da conversão se produzem a partir da data do registro do casamento⁹⁸.

Em sua justificção, a Senadora Marta Suplicy menciona os arts. 1º e 3º da CF, em especial a cidadania e a dignidade da pessoa humana, como fundamentos da República, bem como o princípio da igualdade, previsto no *caput* do art. 5º da CF. Segundo a Senadora, em face dessas previsões constitucionais, o Estado

tem cedido à força irresistível das transformações por que passa a sociedade a que serve, vindo a reconhecer, mais e mais, o papel alcançado pelas uniões homoafetivas na dinâmica das relações sociais. Não à toa, nos últimos anos, notadamente o Poder Judiciário, por meio de decisões prolatadas em sede processual, mas também órgãos do Poder Executivo federal, como o Fisco e o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), já vêm consagrando aos parceiros dessas uniões os mesmos direitos reservados aos daquelas constituídas por mulher e homem. Isso nada mais é, em substância, que garantir o exercício da cidadania por quem quer que legitimamente o pretenda, seja qual for sua orientação sexual.

O Congresso Nacional, entretanto, ainda patina nessa questão, talvez por constituir-se no mais heterogêneo dos Poderes tripartites a compor o Estado brasileiro.

Tamanha delonga contribui, por seu turno, para a pecha que sobre o Parlamento tem ultimamente recaído, com desconfortável frequência, de Poder moroso e hesitante, levado a reboque pela inevitabilidade dos fatos ou por decisões que coube aos demais Poderes tomar⁹⁹.

Além da crítica ao Poder do qual participa, a Senadora Marta Suplicy ainda destaca o julgamento da ADI 4.277 e ADPF 132, que, apesar de ser considerado

⁹⁸ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102589>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

⁹⁹ Idem, p. 2 da Justificação.

um avanço, representaria situação de instabilidade jurídica. A matéria também consta do conjunto de alterações legislativas propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que ainda seria encaminhada para o Congresso Nacional, na forma de Estatuto da Diversidade, mas cuja questão específica ela pretendia antecipar.

O projeto recebeu parecer favorável da Senadora Lídice da Mata, foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (com duas emendas para modificação de aspectos formais, trocas de preposição e de sinal gráfico) e recebeu parecer favorável do Senador Roberto Requião, tendo sido aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em março de 2017. Em novembro de 2018, esse PLS aguardava inclusão em Ordem do Dia para deliberação do Plenário.

Em sentido diametralmente oposto, o PL 6.583/2013, de autoria do Deputado Anderson Ferreira, visa à instituição do Estatuto da Família, projeto que tem como destaque o art. 2º, que expressamente exclui do conceito de família as relações homoafetivas e a famílias anaparentais, admitindo apenas:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O projeto de lei evidencia sua disputa pelo conceito de família em sua justificção:

não há políticas públicas efetivas voltadas especialmente à valorização da família e ao enfrentamento das questões complexas a que estão submetidas as famílias num contexto contemporâneo. São diversas essas questões. Desde a grave epidemia das drogas, que dilacera os laços e a harmonia do ambiente familiar, à violência doméstica, à gravidez na adolescência, até mesmo à desconstrução do conceito de família, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo. (...) A família vem sofrendo com as rápidas mudanças ocorridas em sociedade, cabendo ao Poder Público enfrentar essa realidade, diante dos novos desafios vivenciados pelas famílias brasileiras (...) O estatuto aborda questões centrais que envolvem a família. Primeiro propugna duas ideias: o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao estabelecer o conceito de entidade familiar¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Projeto de Lei n. 6.583/2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B824A8A14E6C62FD1A66C12FAB8F50BD.proposicoesWebExterno1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em: 27 fev. 2017.

Naquele mesmo ano, menos de um mês após a apresentação do PL do Estatuto da Família, foi apresentado no Senado, pela Senadora Lídice da Mata, projeto de lei para instituição do Estatuto das Famílias, PLS 470/2013, que visa regulamentar todo o tema. Algumas disposições desse projeto merecem especial destaque, por exemplo, reconhecer como direito fundamental o direito à família, a retirada de qualquer exigência ou menção relativa à diversidade de gênero para casamento e união estável; prevê ainda que aquele que constituir família paralela tem deveres em relação a esta. O projeto traz diversas modalidades de família: a matrimonial, a decorrente da união estável, a parental, as famílias recompostas. Houve parecer favorável do Senador João Capiberibe, apresentado em julho de 2014, mas, em novembro de 2015, o Senador Magno Malta apresentou requerimento para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, aprovado sob o n. 73/2015, para o seguinte fim:

(...) realização de audiências públicas, em número de duas ou mais, se necessário, nesta Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, tendo como convidados o Procurador Regional da República, Dr. Guilherme Schelb, Pastor Silas Malafaia, Procurador Regional Ronaldo Albo, Desembargador Pedro Valls Feu Rosa, e Juíza de Direito, Dra. Hermínia Azoury, ambos do Estado do Espírito Santo, Psicóloga Dra. Elisete Malafaia, Pr. Renê Terra Nova, Dr. Ives Gandra Martins e igualmente o Ministro Ives Gandra Martins Filho, Dra. Marisa Lobo, psicóloga, 1 representante da ANAJURI – Associação Nacional dos juristas Evangélicos do Brasil, 1 representante dos Juristas de Cristo do Brasil, 1 representante da Comissão de Vida e Família da CNBB, estes, conforme designação das respectivas entidades, para discorrerem e debaterem sobre o Projeto de Lei do Senado, número 470, de 2013, que dispõe sobre o Estatuto da Família, que se encontra em fase de elaboração de relatório, pelo Relator, Senador João Capiberibe¹⁰¹⁻¹⁰².

¹⁰¹ Requerimento na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa n. 73/2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121138>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

¹⁰² O parecer do Senador Capiberibe merece o destaque de alguns trechos (LIMA, 2017, p. 138): “O conceito de família não se encerra no campo jurídico, sendo reflexo da cultura e das relações sociais que tanto derivam das tradições quanto surgem espontaneamente entre as pessoas, queira ou não a lei. As famílias são as células sociais fundamentais nas quais, salvo raras exceções, os indivíduos nascem, crescem e estabelecem relações profundamente significativas e duradouras. (...) Em pleno Estado Democrático de Direito, a lei não pode operar contra o pluralismo e abrigar o preconceito, pois isso fere o respeito à diversidade humana e à dignidade fundamental de todos. Impor às minorias a opinião, as crenças ou os valores morais da maioria não é sinônimo de Democracia, e sim de intolerância, própria de regimes totalitários. (...) No bojo da Constituição Federal de 1988, esses dispositivos, que vedam a discriminação e protegem a intimidade, a vida privada, a honra e a diversidade, inclusive de gênero, identidade de gênero, sexo e orientação sexual, contradizem o argumento de que o casamento é limitado à união entre homem e mulher, a partir de uma interpretação derivativa do art. 226, § 3º, que menciona a conversão da união estável entre o homem e a mulher em casamento. A

Referido requerimento tem o nítido intuito de ouvir líderes religiosos e pessoas notoriamente conservadoras, de formação católica ou cristã, sendo sua justificativa a realização de

ampla discussão de toda a sociedade civil, juristas e entidades que têm por sua própria constituição a missão de trabalharem pela estruturação e conservação de uma família saudável que seja realmente a coluna mestra de uma nação, firmada sob os princípios morais, éticos e espirituais¹⁰³.

O PLS 470/2013 rompe com paradigmas familiares baseados em valores religiosos, como a inexistência de vedação à constituição de famílias por pessoas do mesmo gênero e o reconhecimento de direitos para a família paralela, de modo que possivelmente sofrerá grande resistência para sua aprovação. Em novembro de 2018, aguardava a realização de audiência pública, tendo recebido ofício do Ministério dos Direitos Humanos, em agosto de 2017, solicitando agilidade na apreciação e aprovação do projeto.

Os principais projetos em trâmite apresentam radical oposição de ideias. O projeto do Estatuto da Família, se aprovado, estará em confronto com decisões do Poder Judiciário, inclusive do STF, que provavelmente seria chamado a se manifestar sobre a incompatibilidade entre esse texto e a ADI 4.277 e ADPF 132, possivelmente concluindo pela inconstitucionalidade de tal projeto (SIMÃO, 2015a).

prevalecer essa interpretação, mais restritiva, não se poderia considerar como família, à luz da Constituição, a comunidade formada entre adotantes e adotados, pois o § 4º do mesmo art. 226 fala em 'pais e seus descendentes'. Ademais, conforme disposto no art. 5º, § 2º, 'os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados', de modo que a menção ao homem e à mulher, isoladamente, não pode contradizer todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais e, particularmente, os outros dispositivos que mencionamos. (...) Podemos considerar lícito, portanto, que confissões religiosas defendam que a homossexualidade, a bissexualidade e a transexualidade estejam em desacordo com a fé que pregam, mas não se pode tolerar a institucionalização do preconceito, da discriminação e da violência homofóbica no Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, não se pode admitir que esses valores e crenças pessoais, mesmo que sejam partilhados pela maioria da população, prevaleçam sobre o direito à família de homossexuais, bissexuais e transgêneros. A lei não altera a consciência nem as convicções íntimas das pessoas, mas é dirigida para a sua conduta, e o respeito à diversidade é condição *sine qua non da Democracia*". Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4590866&disposition=inline>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

¹⁰³ Vide nota acima com referência ao requerimento.

Além da legislação infraconstitucional e das propostas legislativas mencionadas, cabe destacar outras definições de institutos e políticas públicas que trazem definições específicas de família.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) é fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. É o órgão oficial de informações estatísticas e geocientíficas do Brasil, para conhecimento de sua realidade e exercício da cidadania (Decreto n. 4.740, de 13 de junho de 2003 – Anexo I, art. 2º), e as informações por ele produzidas são utilizadas para a concepção, desenvolvimento e avaliação de políticas públicas e programas governamentais (IBGE, p. 20). Referido instituto define família como:

conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, residente na mesma unidade domiciliar, ou pessoa que mora só em uma unidade domiciliar. Entende-se por dependência doméstica a relação estabelecida entre a pessoa de referência e os empregados domésticos e agregados da família, e por normas de convivência as regras estabelecidas para o convívio de pessoas que moram juntas, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou dependência doméstica. Consideram-se como famílias conviventes as constituídas de, no mínimo, duas pessoas cada uma, que residam na mesma unidade domiciliar (domicílio particular ou unidade de habitação em domicílio coletivo) (PNAD 1992, 1993, 1995, 1996) (IBGE, [s.d.]).

O Programa Bolsa Família, criado pela Presidência da República em 2003, pela Medida Provisória n. 132/2003, com o objetivo de criar um programa centralizado de transferência de renda condicionado (art. 3º, Decreto 5.209/2003)¹⁰⁴, em seu primeiro marco legal, não trazia qualquer definição do que seria o conceito de família para fins de participação. A medida provisória foi convertida na Lei n. 10.836/2004, que prevê, em seu art. 2º, § 1º, I, que para seus fins será considerada família

a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros.

¹⁰⁴ Sem entrar no mérito das qualidades e dos defeitos desse programa, destaca-se a definição utilizada por ele em razão de sua relevância no cenário nacional desde 2003 e sua importância reconhecida internacionalmente por órgãos expressivos, como as Nações Unidas (PNUD, p. 25, 2015; NAÇÕES UNIDAS, 2011) e o Fundo Monetário internacional (LAGARDE, 2015).

Temos aqui um termo diferente dos vistos anteriormente: unidade nuclear, que se entende como a família decorrente de casal e seus filhos ou a família monoparental, e seus parentes de sangue ou por afinidade, sendo para os fins dessa política pública reconhecido como família apenas o grupo que viva sob o mesmo teto.

O conceito de família, portanto, tem contornos trazidos pela legislação federal e diferentes enfoques para fins de aplicação de políticas públicas. As famílias, a depender de seu grau de vulnerabilidade, recebem proteção específica por meio de programas a elas destinados. Contudo, como demonstrado, não há conceituação definitiva do que seja família.

3. O AFETO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

3.1 Princípio da afetividade

O divórcio, em 1977, foi uma ruptura epistemológica do conceito de família. Um dos fundamentos da família até então, a indissolubilidade, foi superado. Cerca de uma década depois, a Constituição Federal de 1988 rompeu com outro que era um conceito inerente à família, o matrimônio, pois permitiu sua constituição por outros meios que não o casamento. Essas mudanças passaram por longos questionamentos sociais, que refletiram em debates políticos, acadêmicos e religiosos.

Ainda na década de 1970, João Baptista Villela passou a questionar se os cuidados e a criação de uma criança teriam potencial para gerar uma relação parental (VILLELA, 1979, p. 402). Desde então, tais cuidados ou situações de fato deram impulso à discussão iniciada pelo professor mineiro.

Situações peculiares intimamente ligadas à história da construção da sociedade brasileira levaram ao surgimento de relações de fato e não reconhecidas pelo direito, que se repetiam em diferentes lugares do Brasil, vindo até mesmo a ganhar nome próprio. Os “filhos de criação” eram, no mais das vezes, crianças de famílias pobres ou filhos de empregadas domésticas que cresciam junto com os filhos dos donos das casas. Eles eram tratados como indivíduos de terceira classe, que não tinham as mesmas oportunidades ou direitos sucessórios dos filhos legítimos (pretensamente biológicos). A prática de registrar uma pessoa como se fosse um filho biológico, sem o devido processo de adoção, era tão comum que passou a se chamar “adoção à brasileira”.

O afeto, ainda recente para o direito enquanto conceito, parece ser a nova ruptura epistemológica do direito das famílias e vem sendo adotado para solucionar essas questões, ganhando importância que se reflete em importantes julgamentos do Supremo Tribunal Federal (no acórdão da ADI 4.277, a palavra “afeto” aparece mais de trinta vezes, sem contar suas derivações, como

“afetividade”), na legislação (por exemplo, art. 5º, III, da Lei Maria da Penha) e mesmo nas produções acadêmicas.

Nos últimos anos, o debate sobre esse conceito vem crescendo. Camila Affonso Prado, em sua tese de doutorado, de 2016, destacou que o tema ainda é controverso, seja por se tratar de objeto de estudo de diversos ramos da ciência, entre os quais elenca a Filosofia e a Psicanálise, pelo fato de se confundir com um sentimento ou uma noção do senso comum. Em seu trabalho, ela se propõe a demonstrar que a afetividade é um valor jurídico dissociado do afeto enquanto sentimento, e, enquanto valor jurídico, é elemento inerente à constituição da família. É a partir do afeto que se “dá concretude à consagrada família eudemonista” (PRADO, 2016, p. 10). Segundo a autora, apenas com a CF 1988 e seus princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade se estabeleceu “contexto jurídico em que o afeto passa a ser elemento formador e conformador das relações familiares (...)” (PRADO, 2016, p. 27-28 e 43).

Camila Afonso Prado destacou três principais correntes sobre o afeto para o direito, a primeira sendo aquela que não o reconhece como elemento jurídico, a segunda a que o reconhece como “valor de natureza moral” e a terceira a que o reconhece como princípio jurídico (PRADO, 2016, p. 40-42). A autora difere afeto de afetividade afirmando que esta, para o direito, é a expressão subjetiva inerente ao afeto, afastando a noção de sentimento e aproximando o conceito da ideia de direito a um tratamento específico das relações familiares (PRADO, 2016, p. 40).

Filiada a essa primeira corrente está Amanda Zoë Morris, que defendeu, em sua tese de doutorado, que, em razão da inexatidão jurídica do conceito, não pode ser reconhecido como apto a formar vínculos jurídicos (MORRIS, 2006, p. 55; PRADO, 2016, p. 40).

A segunda corrente também reconhece a inexatidão do termo, mas confere importância ao afeto para o direito, especialmente para as soluções judiciais, sem admitir, porém, a possibilidade de que seja exigido judicialmente (PRADO, 2016, p. 41).

Na terceira corrente está Camila Prado, para quem, ainda que a afetividade se alinhe a sentimentos para outros ramos, como para a psicanálise, para o direito ela sai do plano da subjetividade para se tornar um estado ideal de coisas, que se traduz “no cuidado, na assistência moral e na convivência”, com o fim de

promover a realização de cada membro da família. Segundo Prado, a terceira corrente, atualmente, seria a majoritária. A autora cita diversos doutrinadores nesse sentido (PRADO, 2016, p. 43). Ricardo Lucas Calderon também destaca o papel da afetividade diante da importância da realização dos membros da família na sociedade contemporânea, situando sua centralidade não apenas no reconhecimento de vínculos de filiação, mas em todo o direito de família (CALDERON, 2011, p. 167).

Sobre as críticas à dificuldade de conceituação do afeto pelos juristas, Giselda Hironaka proferiu palestra abordando diretamente o tema. De um lado, a autora afirmou considerar que todas as relações familiares teriam embutidas em si a noção de afeto; de outro, apontou o receio dos juristas de abordar um conceito ainda distante deles (HIRONAKA, 2006, p. 432). Aquela palestra, ainda muito citada, foi proferida há mais de uma década e já indicava, expressamente, que esse seria um conceito aplicável não apenas à parentalidade, mas também à conjugalidade (HIRONAKA, 2006, p. 435-436).

Com o avanço dessa noção, não há mais como recuar quanto à apreensão da afetividade pelo direito de família ou não. É preciso estudar esse conceito e apreendê-lo cada vez mais para o direito de família. Com base na teoria dworkiniana¹⁰⁵, a afetividade pode ser reconhecida como princípio, seja por se tratar de um padrão cujo fim é a justiça e a equidade dentro da noção de família, seja porque não é uma regra absoluta, na modalidade tudo-ou-nada. O fundamento de que seria princípio também é sustentado a partir da ausência de previsão legal expressa (DWORKIN, 2002, p. 37-46).

Ainda, é decorrente de princípios constitucionais acima destacados, sendo o cuidado e a proteção recíprocos entre os membros da família essenciais para a concretização desta como meio de desenvolvimento de cada indivíduo. Todos esses elementos são inerentes à afetividade, assim como amparo e o respeito mútuos, decorrentes da solidariedade familiar. Da mesma forma, a afetividade se fundaria no princípio da igualdade, na medida em que veda o tratamento

¹⁰⁵ Sem ignorar as proposições feitas por Alexy ou seus críticos, o fundamento central não é definir o que são princípios, mas, sendo essa uma teoria largamente aplicada no direito brasileiro, é a adotada, pela própria limitação deste estudo, sem maiores observações sobre a conceituação dos princípios. Ricardo Lucas Calderón, em dissertação de mestrado voltada para o princípio da afetividade no direito de família contemporâneo, aprofunda as questões conceituais dos princípios (CALDERÓN, 2011, p. 87-104).

discriminatório entre os membros da família. Fica ainda mais evidente a natureza de princípio da afetividade, pois pode incidir em consonância com outros princípios, em maior ou menor intensidade em cada caso concreto.

Entre os autores que reconhecem a afetividade como princípio jurídico está Rodrigo da Cunha Pereira, para quem o afeto não é apenas um sentimento, mas também o próprio ato de cuidado, de proteção, de exercício espontâneo de deveres inerentes à parentalidade (PEREIRA, 2015, p. 69). No mesmo sentido, Paulo Lôbo (2011, p. 71)¹⁰⁶. A afetividade, portanto, não seria a exigência do direito a ser amado, mas o direito a exigir o cuidado, o respeito e a consideração mútuos, inerentes às relações familiares.

Maurício Bunazar, ao definir juridicamente o afeto, cita a mencionada dificuldade inicial em distinguir afeto de amor, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, e indica que esse conceito, quando apropriado pelo direito, refere-se ao tratamento e ao reconhecimento reciprocamente dispensado entre duas ou mais pessoas como família. Como coloca o autor, o afeto provoca efeitos tanto em relações conjugais ou de companheiros quanto em relações de descendência e ascendência, tendo sido utilizado como um dos principais suportes jurídicos do reconhecimento da família homoafetiva (BUNAZAR, 2015, p. 43-44)¹⁰⁷.

Ainda que pendente a definição de sua natureza, é certo que a afetividade vem sendo apropriada pelo direito enquanto princípio inerente à constituição da

¹⁰⁶ Segundo o autor, “a afetividade como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (LÔBO, 2011, p. 71).

¹⁰⁷ “O vocábulo *afeto* é, hoje, um dos signos mais importantes do direito de família, tanto no que tange à ciência do direito, quanto no que tange a sua prática. Sua origem remota é o vocábulo latino *affectus*, um homógrafo com múltiplas significações, muito provavelmente, contribuiu para polêmica doutrinária, que se já não está superada, ao menos está muitíssimo enfraquecida, qual seja, saber se o afeto é algo propriamente jurídico ou metajurídico (...) a maioria dos autores e os tribunais, atualmente, reconhecem o afeto como categoria jurídica. (...) ao menos a partir de 1988, a norma jurídica perdeu a prerrogativa de definir com exclusividade quais são as relações sociais que podem ou não ser qualificadas como família. Dessa maneira, pode-se dizer que o afeto é o código comunicacional que servirá de elemento apto a permitir ao observador de dada relação social legalmente atípica qualificá-la ou não como família, em outras palavras, à míngua de definição legal, o afeto será o fator que definirá se a relação social sob análise é ou não família. Quanto ao seu conceito, o afeto consiste em um comportamento social praticado por duas ou mais pessoas, umas em relação às outras, e se revela por meio do *tractus e fama*. O *tractus* consiste em se tratarem reciprocamente como família; a *fama*, em serem considerados família perante a sociedade. Se a relação social entre duas pessoas que se tratam e são reconhecidos como casal, o afeto entre elas será constitutivo de relação jurídica do tipo conjugal; se entre duas ou mais pessoas que se tratam e são reconhecidos como ascendentes e descendentes umas das outras, o afeto será constitutivo de relação jurídica do tipo parental” (BUNAZAR, 2015, p. 43-44).

família¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. Não está expressamente previsto na legislação, mas tem sido apontado pela doutrina como sustentado por princípios constitucionais e até mesmo como princípio constitucional implícito (CHAVES, 2012, p. 87). Sérgio Resende de Barros coloca a liberdade ao afeto como um direito implícito, dentro da sistemática prevista pelo § 2º do art. 5º do texto constitucional (BARROS, 2002).

3.2 Decorrências do princípio da afetividade no direito das famílias

É nesse princípio que está o fundamento atual para o reconhecimento da família homoafetiva e do tratamento de vínculos familiares típicos da realidade social brasileira e que aguardavam uma solução jurídica. Para além da discussão doutrinária de sua natureza, a aplicação desse princípio também tem sido objeto de muitos debates. Entre eles, temos a discussão sobre a existência de responsabilidade civil por abandono afetivo, o reconhecimento de vínculos de descendência e ascendência (em especial a filiação socioafetiva), inclusive em casos de adoção à brasileira e de “filhos de criação”.

Entre os expoentes do tema da responsabilidade civil por abandono afetivo está Giselda Hironaka, que destacou os deveres de sustento, guarda e educação como passíveis de descumprimento e, em havendo, dano, passíveis de indenização, sempre atenta a situações extremas e à não patrimonialização excessiva das relações familiares (HIRONAKA, 2007). O STJ, que a princípio entendeu pela ausência de possibilidade de existir dever de indenizar por abandono afetivo (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, REsp 757.411/MG, DJ 27.03.2006 p. 299), passou a admiti-lo (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 1.159.242/SP, DJE 10.05.2012), e vem adotando os três critérios de cuidado (guarda, educação e sustento) e afastando o dever de amar (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, REsp 1.579.021/RS,

¹⁰⁸ Apropriado especificamente pelo campo do direito de família, “o princípio da afetividade é considerado pela doutrina constitucionalmente implícito e específico do direito de família, não devendo ser vislumbrado como um simples projeto ético ou proclamação retórica” (CHAVES, 2012, p. 87).

¹⁰⁹ Com essa afirmação não se pretende sustentar que não houvesse afeto nas relações familiares anteriores, mas apenas que esse elemento não era juridicamente apropriado, até porque a noção de sentimentos e os sentimentos em si são mutáveis e de difícil apreensão histórica (BARBAGLI, 2000, p. 249).

DJE 29.11.2017). Segundo o STJ, não cabe indenização quando desconhecida a filiação anteriormente (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, REsp 1.374.778/RS, *DJE* 01.07.2015) ou quando prescrita (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, REsp 1.298.576/RJ, *DJE* 06.09.2012), entendimentos bastante alinhados às premissas propostas por Giselda Hironaka.

Apesar de estar na esfera das liberdades individuais, Sérgio Resende de Barros coloca o direito ao afeto como tendo sido apropriado pela patrimonialização do direito de família. “Ninguém pode optar por simplesmente viver um vínculo afetivo independente da intervenção estatal, vale dizer, sem sequelas de ordem patrimonial” (BARROS, 2002). Assim, a despeito das propostas de despatrimonialização da família e do fortalecimento de critérios pessoais, em especial o afeto ou afetividade, a solução para o descumprimento desses deveres está passando pela esfera patrimonial, contraditoriamente com a própria natureza desses institutos.

Em relação à filiação socioafetiva, o conceito teve como precursor João Baptista Villela, que, no final da década de 1970, começou a se debruçar sobre o que chamou de desbiologização da paternidade, afirmando que a paternidade “não é um fato da natureza, mas um fato cultural” (VILLELA, 1979, p. 401). Com a proposta de retirada da relevância dos vínculos biológicos, em plena era dos testes de DNA, abriu-se caminho para a valorização da convivência e do estabelecimento de efetivas relações que se prolongam no tempo sob determinado aspecto, tendo a doutrina investigado formas de objetivar essa relação (WELTER, 1992, p. 158-159).

Com base na valorização do afeto enquanto elemento jurídico apoiado em argumentos de ordem constitucional, a socioafetividade passou a ser apropriada pelo direito para fins de constituição de vínculos jurídicos parentais filiais, isto é, para o reconhecimento de efeitos jurídicos de parentalidade da relação formada a partir do convívio prolongado no tempo, com cuidados e tratamentos recíprocos como pais e filhos, independentemente de vínculos genéticos (VILLELA, 1979, p. 401).

Com base nessas premissas, o afeto passou a ser incorporado pelo direito como elemento apto a ensejar a constituição de vínculos inerentes à família pela

socioafetividade, que passa pela relação prolongada no tempo de pessoas que se tratam como pais ou mães e filhos.

A consolidação desse conceito, que passou a ter seus contornos jurídicos efetivamente sistematizados a partir do início do século XX, utilizou, em seu início, o conceito de posse de estado de filho, isto é, para sua configuração, as pessoas deveriam se tratar como pai ou mãe e filho entre si (*tractus*) e perante a sociedade (*fama*) e, por vezes, até mesmo com o nome de família, mesmo sem o vínculo jurídico¹¹⁰. A posse do estado de filho foi útil na construção da socioafetividade, porém hoje não deve mais ser utilizada como elemento da socioafetividade, que se consolidou sem que em seu conceito esteja a posse de estado de filho (SIMÃO, 2017).

Com base no art. 349 do Código Civil de 1916, reproduzido no CC 2002 no art. 1.605, apenas com a retirada da menção a filhos legítimos, desenvolveu-se o conceito de socioafetividade para fins de reconhecimento de vínculos parental-filiais. Trata-se de relevante inovação em nosso ordenamento, já que é nova forma de configuração de vínculos de parentesco (até então apenas reconhecidos consanguinidade, afinidade, adoção)¹¹¹⁻¹¹².

¹¹⁰ Veja-se que, via de regra, fala-se no uso do nome de família do pai pelo filho socioafetivo. Porém, a situação inversa também pode ocorrer, como no caso do surfista Gabriel Medina, criado por seu padrasto, que é representado em certas reportagens como Carlos Medina, ainda que seu nome seja, na realidade, Carlos Saldanha (FONTES, 2014).

¹¹¹ O art. 1.593 do CC 2002 tem sido utilizado para justificar a possibilidade de reconhecimento do vínculo de socioafetividade, pela expressão “ou outra origem” (LÔBO, 2011, p. 73).

¹¹² A socioafetividade vem a sanar questões complexas, tais como a adoção à brasileira, de modo que a partir dela esse vínculo não poderia ser desconstituído pela alegação de vício no registro dos registrados indevidamente (adoção à brasileira) e para proteger aqueles que foram criados, considerados e que se consideram como filhos, mas são apenas “filhos de criação”, e que até então não possuíam qualquer direito decorrente dessa situação. Esse conceito ainda é aplicável à adoção, dando a esse instituto antigo nova roupagem jurídica (WELTER, 1992, p. 148). O STJ já reconheceu a existência desse conceito como apto a ensejar a relação parental filial há uma década. No julgamento do Recurso Especial 833.712/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma em 17 de maio de 2007, reconheceu-se a prevalência do vínculo biológico sobre o socioafetivo decorrente de adoção à brasileira, mesmo que a filha em questão já tivesse mais de cinquenta anos à época do pedido de reconhecimento. Solução semelhante foi apresentada pela Terceira Turma do STJ no julgamento do REsp 1259460/SP, que ocorreu em 19 de junho de 2012, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que o filho de um homem falecido pediu a exclusão de seu pai do registro da irmã, que havia sido reconhecida por ele por adoção à brasileira, tendo sido mantida a filiação socioafetiva. “Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva, devendo essa relação de fato ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família” (trecho da ementa). Alguns Estados, como o Maranhão, permitem o reconhecimento da filiação socioafetiva extrajudicial, se o filho for maior de idade, conforme o Provimento n. 21/2013 da Corregedoria-Geral da Justiça daquele Estado. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/404284/anexo_948144_online_html_19122013_1038.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2017.

O Código Civil de 2002 também permitiu o alargamento dos meios de constituição de filiação até então reconhecidos (biológico – que se confunde, por vezes, com a presunção marital – e por adoção). O Código regulamentou, ainda, os casos de reprodução assistida heteróloga (art. 1.597, V), que também pode ser explicada pela socioafetividade, além do livre planejamento familiar, e deixou em aberto o reconhecimento de outras formas de constituição de parentesco e, conseqüentemente, filiação, ao prever, em seu art. 1.593, a possibilidade de parentesco natural ou civil, por consanguinidade ou outra origem. A expressão “outra origem”, como dito, vem fundamentando a socioafetividade como apta a constituir filiação (PRADO, 2016, p. 35).

A socioafetividade auxilia na solução de questões práticas que traziam reflexão ao direito de família, especialmente por conterem injustiças reiteradas, como a adoção à brasileira, os direitos dos “filhos de criação”, hoje filhos socioafetivos, e a multiparentalidade (isto é, a possibilidade de vínculos parental-filiais com mais de dois ascendentes de primeiro grau, por exemplo, duas mães e um pai). Ainda não há consenso doutrinário e jurisprudencial sobre esses temas.

No que diz respeito aos vínculos de filiação, o que poderia ter sido a época dos vínculos genéticos, em razão da possibilidade única na história da humanidade de certeza da origem biológica, por meio dos exames de DNA, tornou-se um embate jurídico sobre a relevância da biologia e, por outro lado, do afeto na parentalidade. Seria mais importante aquele ou aquela que contribuiu com material genético para o nascimento ou aquele ou aquela que assumiu a figura de pai ou mãe?

O afeto vem sendo frequentemente mencionado pela jurisprudência para a solução de demandas ligadas ao direito de família, inicialmente quanto a casos envolvendo a chamada adoção à brasileira, os filhos de criação, ou registro em que se sabia inexistir vínculo biológico encontrando uma resposta jurídica para a solidez dos vínculos parentais filiais decorrentes de registro civil por pais e mães que sabiam não ser pais biológicos de determinada pessoa¹¹³.

¹¹³ Cf. STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 1.000.356-SP (2007/0252697-5), julgamento em 25 de maio de 2010; STJ, Terceira Turma, REsp 878.941-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 21 de agosto de 2007; STJ, Quarta Câmara, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp 440.394-RS (2002/0067683-0), DJ 10.02.2003.

O STF já analisou o tema em que se discutia a origem biológica em confronto com a socioafetiva, reconhecendo a existência jurídica da filiação socioafetiva (Repercussão Geral 622) e fixando a tese de que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (RE 898.060, Rel. Min. Luiz Fux, acórdão publicado em 24.08.2017). O fundamento do caso decorre, basicamente, das implicações do afeto enquanto valor jurídico; sua existência e seus efeitos jurídicos foram reconhecidos pelo STF, sendo que o julgamento ainda não transitou em julgado.

Além do afeto como elemento apto a gerar direitos, esse elemento vem sendo abordado sob outros enfoques. Eduardo Marcon reconhece o direito ao afeto e o elenca entre os direitos da personalidade,

relacionado à intimidade e vida privada de cada um, que representa o livre desenvolvimento da personalidade, ou o direito de “ser” e “existir” de acordo com suas concepções e determinismos pessoais. O direito ao afeto, ainda, vai ao encontro da pessoa humana, na máxima expressão da ilimitabilidade da personalidade (MARCON, 2012, p. 85).

Diante do rápido destaque que esse novo paradigma ganhou, tem havido a apropriação do afeto pelo direito de família, seja na doutrina ou na jurisprudência e até em projetos de lei (*vide* PL do Estatuto das Famílias). Contudo, o tema ainda está longe de ser esgotado, seja doutrinária, jurisprudencial ou legislativamente. Apesar de seu frequente uso, ainda há espaço para definir seu conteúdo.

4. A FAMÍLIA HOMOAFETIVA: DO DIREITO A EXISTIR AO DIREITO A CONSTITUIR FAMÍLIA

4.1 Homossexualidade contemporânea: o direito a existir

O conceito de homossexualidade pode ser visto de forma simplista e reduzido como o desejo romântico sexual por pessoas do mesmo sexo. Porém, hoje se questionam conceitos tidos como inerentes à sexualidade, como a própria noção de sexo em contraposição ao conceito de gênero. Ao falar de sexualidade, podemos entender que seu exercício é definido pela forma como dividimos as pessoas: entre homens e mulheres. E a forma majoritariamente aceita para definir se um indivíduo é homem ou mulher é a análise da genitália externa. Essa noção tão predominante vem sendo questionada pelas novas teorias de gênero, segundo as quais a construção do que entendemos por homem e por mulher são sociais e culturais (BUTLER, 2017, p. 23-34). É quase impossível dissociar uma discussão da outra, pois, se a homossexualidade consiste no desejo por pessoas iguais, precisamos saber qual é o critério para entender o que são pessoas iguais (TOLEDO 2016, p. 68-69).

Os atuais questionamentos sobre sexo e gênero envolvem assuntos desde religiosidade até a própria noção da divisão de seres humanos entre homens e mulheres, divisão esta que pode ser entendida, por exemplo, como biológica/genital (já que a avaliação de um bebê é feita de acordo com a parte exterior dos órgãos reprodutivos) e cultural (uma forma de criar pessoas divididas entre si por um critério escolhido, como a genitália externa, e determinar a forma como ela é vista e tratada pela sociedade a partir disso).

A sexualidade também é mais complexa do que a dicotomia entre hétero (tido como padrão de normalidade) e homossexual. A bissexualidade, por exemplo, difere da noção comum de uma pessoa que é por vezes hétero e em outros momentos homossexual e ainda muito incompreendida, havendo pessoas que se identificam como assexuais, entre outras orientações (VITAL, 2016, p. 131-132).

Pelas limitações da delimitação do trabalho, não se aprofundará sobre os aspectos que envolvem a construção de gênero e sexualidade, mas se partirá da noção de que o que entendemos hoje como homem e mulher e a categorização da sexualidade são fruto de valores e entendimentos culturais, não de fatos da natureza. Essa divisão pode encontrar fundo em motivos religiosos (deus criou o homem e a mulher), biológicos (homens possuem características físicas determinadas e mulheres, outras) ou outros. Independentemente do critério que tenha sido escolhido para a divisão em sexos ou gêneros e em categorias de sexualidade, há uma decisão epistemológica sobre a forma de estabelecer essas categorias. Ou seja, a ideia de hétero ou homossexualidade está intimamente ligada ao que entendemos por homem e mulher e os fundamentos desses conceitos.

Assim, para fins deste trabalho, de forma reducionista, teremos a homossexualidade como a atração sexual por pessoas do mesmo gênero, ainda que essa definição seja limitadora e não abarque a diversidade de definições de gênero ou de expressões da sexualidade dentro da própria noção de homossexualidade (TOLEDO 2016, p. 69).

A ideia de homossexualidade sofreu alterações dentro de tempo e espaço. Há registros de que relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo acompanham a humanidade desde tempos remotos¹¹⁴. O que chamamos hoje de homossexualidade tem sido aceito, tolerado ou rejeitado em diferentes sociedades e épocas (CHAVES, 2012, p. 37). Desde o surgimento do Cristianismo a homossexualidade passou a ser reiteradamente reprimida e

¹¹⁴ Em tradução livre desta autora: “Há uma vasta documentação dos ‘ancestrais’ da homossexualidade moderna – nas antigas Grécia, Roma e China, na Europa ocidental no começo da Idade Média, no Japão entre guerreiros samurais medievais e nas casas de chá do período Edo (1603-1868); na Inglaterra, nas ‘casas de maricas’ (espaços públicos e bares frequentados por homens com atração por outros homens) do século XVII. Havia papéis sociais que admitiam relações homossexuais em várias culturas nativas na América do Norte, Polinésia e Sibéria. Entre muitas tribos nativas americanas, por exemplo, havia Espíritos masculinos (e às vezes femininos) – que vestiam a roupa do sexo oposto, muitas vezes tomavam como maridos e esposas membros do mesmo sexo e assumiam papéis sagrados nas cerimônias tribais”. No original: “There is a rich documentation of the ‘ancestors’ of the modern homosexual – in ancient Greece, Rome and China; in Western Europe in the early Middle Ages, in Japan among medieval samurai warriors and in the tea houses of the Edo period (1603-1868); in England, in the ‘molly houses’ (public houses and taverns frequented by men attracted to other men) of the eighteenth century. There were social roles that countenanced same-sex relations in various native cultures in North America, Polynesia and Siberia. Among many American Indian tribes, for example, there were male (and sometimes female) berdache – who dressed in the clothes of the opposite sex, often took as husbands and wives members of the same sex, and took sacred roles in tribal ceremonies” (MILLER, 2008, p. XVI).

condenada pela maioria das sociedades ocidentais. Até mesmo ferrenhos opositores dos homossexuais, como o pastor estadunidense Landon Schott (2016)¹¹⁵, reconhecem que a homossexualidade acompanha a história da humanidade.

Com a difusão da crença cristã de que as relações sexuais deveriam se limitar à procriação e não visar ao prazer, a homossexualidade foi duramente coibida, sendo punida com a pena de morte em várias sociedades e períodos (o que persiste até hoje em alguns países, como a Nigéria).

Porém, ao falarmos da história da homossexualidade, é necessário compreender que o que hoje entendemos por esse termo é um conceito recente

Na década de 1870, um conceito de homossexualidade – ou de uma comunidade *gay* e lésbica – sequer era articulado. Ele permanecia adormecido, disfarçado, perdido em eufemismos – “o amor que não ousa dizer seu nome”. Apesar disso, existiam alguns indícios das coisas que viriam. Em 1869, o termo “homossexualidade” apareceu pela primeira vez, em um panfleto anônimo distribuído na Alemanha que defendia a revogação da lei da sodomia do país. (...) Ao final do século XX e no início do novo milênio o mundo tinha se transformado. Centenas de milhares de autodeclarados e orgulhosos homossexuais marchavam em Washington, capital dos Estados Unidos. Havia marchas de *gays* e lésbicas em Tóquio, Joanesburgo, Cracóvia, Seattle e Sacramento. (...) no Ocidente, no final do século XIX, um conceito moderno de identidade sexual começou a tomar forma (MILLER, 2008, p. XI – tradução livre desta autora)¹¹⁶.

Apesar de parecer contraditório dizer que existem registros antigos, mas que a homossexualidade como entendemos hoje é conceito recente, tal fato

¹¹⁵ O pastor Landon Schott se coloca de forma que pode induzir as pessoas a uma percepção equivocada: a de que ele seria um apoiador dos homossexuais, pois afirma amá-los e compreendê-los. Contudo, o sacerdote prega que os homossexuais lutem contra sua homossexualidade, o que pode trazer sérias consequências, especialmente a jovens que estão começando a lidar com a sua condição. A incidência de depressão e suicídio entre jovens LGBT é maior que a média dos jovens que não pertencem a esse grupo, como demonstram estudos desde a década de 1980 (RUSSEL; FISH, 2016).

¹¹⁶ No original: “In the 1870s, a concept of homosexuality – or of gay and lesbian community – was barely articulated. It lay dormant, disguised, lost in euphemis – ‘the love that dare not speak its name.’ Yet there were some hints of things to come. In 1869, the term ‘homosexuality’ appeared for the first time, in an anonymous pamphlet distributed in Germany advocating repeal of the country’s sodomy law. (...) By the end of the twentieth century and the beginning of a new millennium, the world had been transformed. Hundreds of thousands of proud and self-identified homosexuals marched on Washington, D.C. There were gay and lesbian pride marches in Tokyo, Johannesburg, Cracow, Seattle and Sacramento. (...) in the West towards the end of the nineteenth century a modern sense of homosexual identity began to take shape”.

decorre de que a sexualidade humana também é apreendida de forma própria por cada sociedade e período¹¹⁷.

Assim, hoje, o que entendemos hoje por homossexualidade, e como sinônimo de homoafetividade, é conceito que envolve a noção de construir uma relação entre pessoas do mesmo gênero enquanto casal, assim reconhecidos pelo Estado, e não apenas a existência de atos sexuais.

Tal como família e casamento são conceitos que se alteram ao longo dos anos, o conceito de homossexualidade, que hoje chamamos também pelo neologismo homoafetividade, mudou¹¹⁸. Foucault apresenta a ideia da existência de uma *scientia sexualis*, “a tarefa de produzir discursos verdadeiros sobre o sexo” (1988, p. 66).

Do início do século XVII a meados do século XX, construiu-se, com base em argumentos elevados ao patamar de científicos, a noção de que a homossexualidade era anormal. No século XIX se passou a construir a figura do homossexual, uma categoria psicológica, psiquiátrica e médica ligada à “sensibilidade sexual”, em lugar da sodomia.

¹¹⁷ Sobre o tema, Foucault mostra que a sexualidade, menos reprimida até o século XVII, passou a ser apropriada pelo matrimônio, chegando a códigos sexuais sociais rigorosos. No século XIX, o sexo socialmente aceito era o matrimonial: “Diz-se que no início do século XVII ainda vigorava uma certa franqueza. As práticas não procuravam o segredo; as palavras eram ditas sem reticência excessiva e, as coisas, sem demasiado disfarce; tinha-se com o ilícito uma tolerante familiaridade. Eram frouxos os códigos da grosseria, da obscenidade, da decência, se comparados com os do século XIX. Gestos diretos, discursos sem vergonha, transgressões visíveis, anatomias mostradas e facilmente misturadas, crianças astutas vagando, sem incômodo nem escândalo, entre os risos dos adultos: os corpos ‘pavoneavam’. Um rápido crepúsculo se teria seguido à luz meridiana, até as noites monótonas da burguesia vitoriana. A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo. No espaço social, como no coração de cada moradia, um único lugar de sexualidade reconhecida, mas utilitário e fecundo: o quarto dos pais. Ao que sobra só resta encobrir-se; o decoro das atitudes esconde os corpos, a decência das palavras limpa os discursos. E se o estéril insiste, e se mostra demasiadamente, vira anormal: receberá este *status* e deverá pagar as sanções” (FOUCAULT, 1988, p. 9-10).

¹¹⁸ Nesse mesmo sentido, David Halperin afirma que a sexualidade é uma construção cultural, com um discurso ideológico, em tradução livre desta autora: “O sexo não tem história. É um fato natural, vinculado ao funcionamento do corpo, e, de tal forma, reside fora da história e da cultura. A sexualidade, por sua vez, não se refere propriamente a algum aspecto ou atributo dos corpos. Diferentemente do sexo, a sexualidade é uma produção cultural: ela representa a apropriação do corpo humano e de suas capacidades fisiológicas por um discurso ideológico”. Do original: “Sex has no history. It is a natural fact, grounded in the functioning of the body, and, as such, it lies outside of history and culture. Sexuality, by contrast, does not properly refer to some aspect or attribute of bodies. Unlike sex, sexuality is a cultural production: it represents the appropriation of the human body and of its physiological capacities by an ideological discourse” (HALPERIN, 1989, p. 257).

A homossexualidade apareceu como uma das figuras da sexualidade quando foi transferida, da prática da sodomia, para uma espécie de androgenia interior, um hermafroditismo da alma. O sodomita era um reincidente, agora o homossexual é uma espécie (FOUCAULT, 1988, p. 42-43).

Para Foucault, a construção do discurso sobre a homossexualidade, no complexo jogo em que é ao mesmo tempo efeito, instrumento de poder, obstáculo, é construído por ele, mas também o mina e debilita, fez com que até o século XIX a “sodomia” fosse severamente punida pelas leis, mas amplamente tolerada. A resistência em falar dela provocou essa situação ambígua.

No século XIX, com a descrição e a classificação pormenorizada da sexualidade humana, pela psiquiatria e jurisprudência, além de ser uma perversão, “a homossexualidade pôs-se a falar por si mesma, a reivindicar sua legitimidade ou sua “naturalidade” e muitas vezes dentro do vocabulário e com as categorias pelas quais era desqualificada do ponto de vista médico” (FOUCAULT, 1988, 95).

Nesse período houve intensa produção intelectual analisando o tema e buscando métodos terapêuticos para solucioná-lo, uma noção que segue até hoje em certas correntes, em que se acredita que a homossexualidade pode ser curada (TOLEDO, 2016, p. 71).

Também se pode entender que a própria ideia de heterossexualidade como concebemos, que parece inerente à história da humanidade, também é recente e remonta ao século XIX (HALPERIN, 1989, p. 264). Nesse período, alguns

países europeus descriminalizaram a sodomia. Porém as questões relativas às relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo estavam longe de ser terreno pacífico nos campos do saber. No Brasil, mesmo havendo descriminalização, os sodomitas continuaram a ser punidos pelo sistema penal (PRETES; VIANNA, 2008, p. 317).

Imperava cientificamente a ideia de que a homossexualidade era um desvio, uma doença, que deveria ser combatida pelo Estado (PRETES; VIANNA, 2008, p. 321), e a norma era a heterossexualidade. A descriminalização era apenas uma mudança do campo em que a sexualidade era limitada (do religioso e jurídico para o biológico).

... a descriminalização não ocorreu em função de um abrandamento moral, pelo contrário, o que houve foi uma mudança de mecanismos de poder: o corpo foi retirado do campo de projeção da teologia moral e adentrou o campo da ciência (PRETES; VIANNA, 2008, p. 350).

Até hoje, há uma busca pela explicação sobre a origem da homossexualidade – genética, hormonal, forma de criação –, e a questão está longe de ser pacífica (TOLEDO, 2016, p. 71).

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, é dentro desse contexto brevemente apresentado que a homossexualidade sai da esfera exclusiva do pecado, da perversão, para ser também uma demanda social.

Esse movimento atinge um momento importante com a revolução sexual dos anos 1970, quando crescem as reivindicações pelos direitos da comunidade LGBT, que começou a tomar força no Ocidente, em especial a partir do episódio de Stonewall¹¹⁹. As conquistas passaram pela retirada da homossexualidade do rol de doenças da Organização Mundial de Saúde¹²⁰ e pelo reconhecimento de uniões de pessoas do mesmo gênero, o que passou a ocorrer em alguns países, como a Dinamarca, no final da década de 1980.

A luta pelos direitos dos homossexuais passou da busca pelo direito de existir de acordo com sua orientação social (isto é, essa orientação sexual fora da normatividade não seria mais vista como perversão ou crime) ao direito de não ser discriminado por esse fato na sociedade (por exemplo, a possibilidade de servir o Exército), chegando ao direito de constituir o núcleo social de maior destaque jurídico – a família –, recebendo especial proteção do Estado.

¹¹⁹ Esse evento foi considerado um marco na luta LGBT, pois, após anos de abusos policiais em um estabelecimento que atendia a essa população, o Stonewall Inn, os frequentadores se uniram em protesto nas ruas, tomando uma proporção maior que os eventos em si que deram origem às manifestações que ocorreram em junho de 1969, culminando com a organização de grupos pela defesa dos direitos LGBT (GIBSON; ALEXANDER; MEEM, 2014, p. 72).

¹²⁰ Até 1990, a homossexualidade estava elencada entre as doenças mentais da Organização Mundial de Saúde. No dia 17 de maio daquele ano, a OMS aprovou a atualização da Classificação Internacional de Doenças (CID) em que a homossexualidade foi retirada do rol de distúrbios mentais, seguindo uma tendência internacional da última metade do século XX, decorrente tanto do reconhecimento dos padrões de direitos humanos como da ausência de evidências empíricas que apoiassem a patologização e medicalização das diferentes formas de expressão da orientação sexual. Essa atualização só entrou em vigor em 1992 (COCHRAN, 2014, p. 672). A CID 10, ao tratar de distúrbios comportamentais e psicológicos, traz uma nota expressa de que, em tradução livre, “A orientação sexual por si só não deve ser considerada um distúrbio”. No original, “Sexual orientation by itself is not to be regarded as a disorder” Disponível em: <<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#F66.1>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

No Brasil, algumas tribos indígenas aceitavam relações homossexuais entre homens e mulheres (PRETES; VIANNA, 2008, p. 332), mas, durante a colonização,

os europeus trouxeram consigo o preconceito contra as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, e ficaram espantados ao descobrir que na colônia já se praticava o “pecado” da sodomia, espanto esse compreensível visto que muitos àquela época acreditavam que a sodomia era um vício italiano. (...) É justamente a partir da instauração desta necessidade de se confessar todos os pecados exaustivamente que se inicia no Brasil a explosão discursiva sobre o sexo (PRETES; VIANNA, 2008, p. 331 e 333).

As relações homossexuais eram consideradas ilegais, com severas penas pelas três Ordenações que vigoraram no Brasil (PRETES; VIANNA, 2008, p. 342), e configuravam crime até 1830, quando entrou em vigor o Código Criminal Brasileiro – e houve tentativas posteriores de tornar a homossexualidade crime novamente, nas décadas de 1930 e 1940 (COACCI, 2014, p. 23). De qualquer forma, a perseguição aos homossexuais perdurou pela via médica até meados do século XX¹²¹, sendo considerada uma doença. É por isso que se viam internações forçadas de homossexuais em hospitais psiquiátricos (PRETES; VIANNA, 2008, p. 383)¹²².

Ao longo da história, várias foram as formas pelas quais as pessoas homossexuais tentaram resistir às recorrentes tentativas de regulações de suas vidas. Individualmente, as resistências existiram de diversas maneiras, seja pela migração para cidades como Rio de Janeiro e São Paulo para poderem viver, com maior liberdade, amores com outros homens, com o uso de maquiagem ou até a realização de bailes de travestis, onde poderiam buscar parceiros e parceiras, ou “se montar” da forma como desejassem. Talvez a principal estratégia de resistência constituída por pessoas homossexuais e trans tenha sido o uso de suas redes de relacionamentos como um substituto para as respectivas famílias, tratando-as como fonte de apoio mútuo (GREEN, 2000). Algumas pessoas se mudavam para grandes centros urbanos para se verem livres do repúdio e do controle de suas famílias e poderem vivenciar a homossexualidade ou experiências trans, mas, muitas vezes, se sentiam isoladas e/ou solitárias. As redes de amigos serviam, então, para enfrentar o padrão recorrente da hostilidade social e para reforçar a identidade homossexual ou travesti, aumentando a autoestima (COACCI, 2014, p. 23).

¹²¹ Não se ignorando que ainda há embates no ramo da saúde, tal como sobre a Resolução n. 1/1990, do Conselho Federal de Psicologia, que acabou por ser até judicializado.

¹²² Thiago Coacci também destaca o uso de outras figuras penais contra homossexuais, a fim de controlar esses indivíduos (2014, p. 23).

No período da Ditadura Militar, e como reflexo das mudanças sociais e culturais ocorridas nos Estados Unidos e na Europa, teve início a formação do movimento homossexual organizado no Brasil, com o Somos – Grupo de Afirmação Homossexual, criado em 1978, além de outros grupos¹²³.

Esses movimentos cresceram na década de 1980, com a explosão da disseminação do vírus do HIV e da consequente epidemia de AIDS. No início dos anos 1990, o movimento social começou a se organizar formalmente, com a fundação da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transgêneros – ABGLT. Em 1995, surgiam as primeiras demandas individuais no Judiciário, inicialmente associadas, em regra, a questões patrimoniais de casais não reconhecidos como famílias, que eram tratados majoritariamente como sociedades de fato pelo Poder Judiciário (AZEVEDO, 2001, p. 473-476).

Apesar de ausência de legislação específica, a Constituição Federal trouxe princípios e direitos fundamentais que consolidam em definitivo o direito dos homossexuais de “existir” no país sem sofrer discriminação ou perseguição (COACCI, 2014, p. 46; DIAS, 2009, p. 101-117).

Segundo Luiz Edson Fachin, o direito à orientação sexual seria personalíssimo, um direito da personalidade com características de direito fundamental inerente “à construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária” (em expressa referência ao art. 3º, I, da CF) (FACHIN, 1997, p. 114).

Sem relevantes avanços na legislação federal, os direitos da população LGBT passaram a ser reconhecidos, via de regra, pelo Poder Judiciário. No Brasil, conforme se verá adiante neste trabalho, o STF e o STJ reconheceram a existência da família homoafetiva. Contudo, a disputa em torno do instituto continua, com os projetos de lei em sentido favorável e contrário à família homoafetiva tramitando no Congresso Nacional.

O debate ainda pode se estender no tocante à necessidade social e jurídica de reconhecer essas relações sob o instituto do matrimônio. As relações

¹²³ “É consenso na literatura que só nos anos finais da década de 1970 que surgiram os primeiros grupos que conformam aquilo que se poderia chamar de Movimento Homossexual Brasileiro (FACCHINI, 2003; FRY; MACRAE, 1986; PRADO; MACHADO, 2008; SIMÕES; FACCHINI, 2009). O ano de 1978 marca o surgimento do Jornal *Lampião da Esquina* e também do ‘SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual’. A emergência do movimento homossexual está ligada a um contexto mais amplo de luta contra a ditadura e pela abertura política do país, com a reconfiguração dos movimentos sociais pela crítica ao marxismo ortodoxo, que desafiaram a interpretação da totalidade da sociedade pela chave analítica da classe (PRADO et al., 2010). Inicia, assim, a primeira onda do Movimento Homossexual Brasileiro” (COACCI, 2014, p. 24).

poderiam ter os mesmo direitos garantidos à família heteroafetiva, porém, sob outro instituto. Ainda que a esta autora não pareça sustentável juridicamente tal discriminação, a questão comporta debate, inclusive para que se analise a função do Estado de regulamentar as relações sociais e afetivas dos indivíduos.

Há uma tendência ao reconhecimento do casamento civil entre pessoas do mesmo gênero no Ocidente, mas esse tema ainda sofre reprovação de parte da sociedade, de modo que os direitos dos homossexuais carecem de consagração histórica. Pode haver retrocessos com o avanço conservador na Europa, que se contrapõe ao crescente número de líderes homossexuais eleitos recentemente naquele continente (RESENDE, 2017), movimento que também causa preocupação à comunidade LGBT brasileira, em especial após as eleições de 2018¹²⁴.

4.2 Direito a constituir família

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da Assembleia Geral das Nações Unidas, assinada pelo Brasil na data de sua proclamação, em 1948, estabelece em seu artigo 16 que “os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm direito de contrair matrimônio e fundar uma família”. Assim, cumpre perguntar: todos têm direito a constituir família ou apenas aqueles que se enquadrem no modelo tradicional de matrimônio e família?

A controvérsia da possibilidade jurídica de existência da família homoafetiva envolve muitas questões: o direito individual a constituir família; se tal direito é um direito fundamental do ser humano; o papel do Estado no reconhecimento do que é juridicamente família; se o direito ao casamento, que foi apropriado pelo ordenamento jurídico da religião, pode ser estendido aos casais homoafetivos, ainda que esse instituto originalmente não abarque tais relações;

¹²⁴ A título de exemplo, o presidente eleito Jair Bolsonaro assinou, durante a campanha presidencial de 2018, o compromisso de defender o casamento como sendo apenas entre o homem e a mulher (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).

se não seria suficiente o Estado reconhecer as uniões civis, garantindo aos casais sob esse instituto a proteção necessária etc.

Michael Sandel, ao tratar da neutralidade ou não de valores morais e religiosos na política, aborda o tema:

Refleta sobre o debate acerca do casamento homossexual. Você consegue decidir se o estado deveria reconhecer o casamento homossexual sem entrar em controvérsias morais e religiosas sobre o propósito do casamento e o *status* moral da homossexualidade? Alguns dizem sim e argumentam pelo casamento homossexual no campo liberal, sem julgamentos morais: independentemente do fato de alguém pessoalmente aprovar ou desaprovar relacionamentos *gays* e lésbicos, os indivíduos deveriam ser livres para decidir sobre seus parceiros maritais. Permitir que casais heterossexuais se casem, mas não homossexuais, é discriminar *gays* e lésbicas de forma equivocada e negar a eles igualdade perante a lei. Se esse argumento tem fundamento suficiente para o Estado conceder o reconhecimento do casamento homossexual, o assunto pode ser resolvido dentro dos limites da razão pública liberal, sem recorrer a concepções controvertidas sobre o propósito do casamento e os valores que ele honra. Mas o caso do casamento homossexual não pode ser definido sem ser no campo do julgamento moral. A questão depende de certa concepção sobre o *telos* do casamento – seu objetivo ou propósito. (...) o debate sobre o casamento homossexual é, fundamentalmente, um debate sobre se uniões *gays* e lésbicas são merecedoras da honra e reconhecimento que, em nossa sociedade, o reconhecimento estatal ao casamento confere. Então, a questão moral subjacente é inevitável (SANDEL, 2009, p. 253-255 – tradução livre desta autora)¹²⁵.

A questão da família homoafetiva, apresentada por Michael Sandel sob o viés do casamento igualitário, portanto, perpassa necessariamente por uma análise moral. Sem entrar profundamente nas considerações do autor, cujo tema central são as formas de solução de conflitos sociais que envolvam julgamentos morais, o trecho destacado demonstra um ponto essencial sobre a disputa acerca do reconhecimento da família homoafetiva: esses casais são merecedores de ter

¹²⁵ No original: “Consider the debate over same-sex marriage. Can you decide whether the state should recognize same-sex marriage without entering into moral and religious controversies about the purpose of marriage and the moral status of homosexuality? Some say yes, and argue for same-sex marriage on liberal, nonjudgmental grounds: whether one personally approves or disapproves of gay and lesbian relationships, individuals should be free to choose their marital partners. To allow heterosexual but not homosexual couples to get married wrongly discriminates against gay and lesbians, and denies them equality before the law. If this argument is a sufficient basis for according state recognition to same-sex marriage, then the issue can be resolved within the bound of liberal public reason, without recourse to controversial conception of the purpose of marriage and the goods it honors. But the case for same-sex marriage can’t be made on nonjudgmental grounds. It depends on a certain conception of the *telos* of marriage – its purpose or point. (...) The debate over same-sex marriage is fundamentally a debate about whether gay and lesbian unions are worthy of the honor and recognition that, in our society, state-sanctioned marriage confers. So the underlying moral question is unavoidable” (SANDEL, 2009, p. 253-255).

a proteção do Estado inerente à família, base daquele, cujas tradições se fundam em valores religiosos que não admitem tal tipo de formação social?

Além da já mencionada Declaração Universal dos Direitos do Homem, há outros documentos internacionais que tratam do tema. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil e internalizado sob o Decreto n. 592/92, prevê em seu art. 1º que os Estados Partes devem respeitar e garantir a todos os direitos reconhecidos no referido Pacto, sem discriminação relacionada a qualquer condição inerente ao indivíduo¹²⁶. O mesmo documento reconhece a família como elemento natural e fundamental da sociedade, com proteção do Estado e sociedade (art. 23.1), devendo ser “reconhecido o direito do homem e da mulher de, em idade núbil, contrair casamento e constituir família” (art. 23.2).

A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), convertida no Decreto n. 678/92, cuja redação tem sentido semelhante, coloca a família como elemento natural e fundamental da sociedade, merecendo ser protegida por esta e pelo Estado. A Convenção (art. 17.1) “reconhece o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção”.

De forma ainda mais específica, o documento conhecido como “Princípio de Yogyakarta”, não internalizado, mas que teve como signatária representante do Brasil, prevê em seu Princípio 24 que

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Nas recomendações desse Princípio, há, ainda, a expressa menção à livre constituição de família pelo casamento ou parceria civil, permitindo também sua constituição por adoção ou reprodução assistida.

¹²⁶ “1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.”

Diferentemente do disposto no artigo 226, § 3º, da CF e no artigo 1.723, *caput*, do CC, esses pactos não preveem a formação da família **entre** o homem e a mulher: referem-se apenas ao homem e à mulher. Ao mesmo tempo, mencionam o respeito a leis internas nas condições para se casar. Assim, permanece a pergunta: há um direito a constituir família independentemente da orientação sexual?

O inicial vácuo de reconhecimento a direitos da população LGBT trazia uma série de problemas sociais, cuja gravidade, maior ou menor, foi retratada por diversas vezes na literatura¹²⁷, na música¹²⁸ e nas artes visuais¹²⁹. Com a organização da luta pelos direitos LGBT, em especial dos direitos das pessoas lésbicas, gays e bissexuais, passou a haver maior aceitação da homoafetividade no Ocidente. Alguns países já admitem a união estável, o casamento e a adoção por casais do mesmo gênero.

Contudo, isso não significa que haja consenso social sobre os temas em questão, mesmo nesses países. A Espanha, a título de exemplo, um dos países com maior número de católicos do mundo, tem uma das legislações reconhecidas como mais avançadas sobre o tema; passou a reconhecer as uniões homoafetivas em 1998 e, em 2005, sob o governo de José Luis Rodríguez Zapatero, aprovou alteração do Código Civil, incluindo um segundo parágrafo no art. 44:

Artigo 44. O homem e a mulher têm direito de contrair matrimônio, conforme as disposições deste Código.
O matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos quando ambos os contraentes sejam do mesmo sexo ou de sexos distintos (tradução livre desta autora)¹³⁰.

¹²⁷ Cf. os livros de Ann Bannon (pseudônimo de Ann Weldy), como *Odd girl out*, de 1957, e *I am a woman*, de 1959 (GIBSON; ALEXANDER; MEEM, 2014, p. 253).

¹²⁸ Como exemplo, as músicas “Same love”, interpretadas pela dupla de hip hop Macklemore & Ryan Lewis, e “Joga arroz”, composta e interpretadas pelo grupo Tribalistas.

¹²⁹ A questão foi retratada no cinema de várias formas, por exemplo, por meio da comédia, em 1978, com o filme *La cage aux folles*, que no Brasil recebeu o título de *A gaiola das loucas*. O filme retratava um noivo, cujos pais eram dois homens, na tentativa de esconder sua família do pai da noiva, um político conservador, envolvido em escândalos e que via no casamento da filha a possibilidade de melhorar sua imagem. Em 2013 foi publicado o documentário *The bridegroom*, que relata a história do casal de homens Shane Bitney Crone e Thomas Lee Bridegroom. Este último faleceu em um acidente quando os dois já moravam juntos, em relacionamento estável, com hipoteca conjunta da casa e uma empresa de propriedade de ambos. Após o falecimento, diante do não reconhecimento do casal pelo Estado, Shane foi impedido de comparecer ao funeral de Thomas, não teve acesso às informações sobre o falecimento e não teve direito à herança do companheiro.

¹³⁰ No original: “Artículo 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Essa alteração foi trazida pela Lei n. 13/2005, que reconheceu a origem histórica religiosa do instituto, e considerou ser, para além disso, uma relação jurídica que se estabelecia entre pessoas do gênero distinto, mas o Estado não poderia ignorar o avanço da sociedade e a necessidade de reconhecer os diferentes modelos de convivência social. Além disso, a lei não se limitou a autorizar o casamento homoafetivo, mas efetivamente o equiparou ao heteroafetivo, possibilitando a adoção de filhos por esses casais e garantindo, assim, a integralidade dos direitos assegurados à família enquanto instituição jurídica¹³¹.

¹³¹ Tradução livre desta autora: “Lei 13/2005: A regulamentação do matrimônio no direito civil contemporâneo refletiu os modelos e valores dominantes nas sociedades europeias e ocidentais. Sua origem remonta ao Código Civil francês de 1804, que inegavelmente originou o espanhol de 1889. Nesse contexto, o matrimônio se configurou como uma instituição, mas também como uma relação jurídica que poderia se estabelecer entre pessoas de sexos distintos; de fato, na distinção de sexos se encontra, tradicionalmente, um dos fundamentos do reconhecimento da instituição pelo direito do Estado e pelo direito canônico. Por isso, os códigos dos dois últimos séculos, refletindo a mentalidade dominante, não precisavam proibir e nem sequer se referir ao matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, pois a relação entre elas, de forma alguma, se considerava que poderia dar lugar a uma relação jurídica matrimonial. Porém, também, cabe ao legislador ignorar o evidente: que a sociedade evolui no modo de conformar e reconhecer os diversos modelos de convivência e que, por isso, o legislador pode, inclusive, deve, atuar em reação a e evitar a ruptura entre o Direito e os valores da sociedade cujas relações tem de regular. Nesse sentido, não há dúvida de que a realidade social espanhola de nosso tempo se torna muito mais rica, plural e dinâmica que a sociedade em que surge o Código Civil de 1889. A convivência como casal entre pessoas do mesmo sexo baseada na afetividade foi objeto de reconhecimento e aceitação crescente e superou os preconceitos arraigados e estigmatizações. Admite-se hoje, sem dificuldade, que essa convivência em casal é um meio pelo qual se desenvolve a personalidade de um amplo número de pessoas, convivência mediante a qual se prestam entre si apoio emocional e econômico, sem mais transcendência que a que tem lugar em uma relação privada em sentido estrito, dada sua, até agora, falta de reconhecimento formal pelo direito. Esta percepção não apenas se produz na sociedade espanhola, mas também em âmbitos mais amplos, como se reflete na Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de fevereiro de 1994, em que expressamente se pede à Comissão Europeia que apresente uma proposta de recomendação para colocar fim à proibição de contrair matrimônio a casais do mesmo sexo e garantir a eles plenos direitos e benefícios do casamento. (...) Certamente, a Constituição, ao encomendar ao legislador a configuração normativa do casamento, não exclui de forma alguma uma regulação que delimite as novas relações de casais de uma forma diferente da que tenha existido até o momento, regulamentação que dê conta das novas formas de relacionamento afetivo. Porém, ainda, a opção refletida nesta lei tem fundamentos constitucionais que devem ser tidos em conta pelo legislador. Assim, a promoção da igualdade efetiva dos cidadãos em livre desenvolvimento de sua personalidade (artigos 9.2 e 10.1 da Constituição), a preservação da liberdade em relação às formas de convivência (artigo 1.1 da Constituição) e a instauração de um marco de igualdade real para o exercício dos direitos sem discriminação alguma por razão de sexo, opinião ou qualquer outra condição pessoal ou social (artigo 14 da Constituição) são valores consagrados constitucionalmente, cujo modelo deve ser refletido na regulamentação das normas que delimitam o estados de cidadão em uma sociedade livre, pluralista e aberta. (...) No contexto apresentado, a lei permite que o matrimônio seja celebrado entre pessoas do mesmo sexo, com plenitude e igualdade de direitos e obrigações qualquer que seja sua composição. Em consequência, os efeitos do casamento, que se mantêm em sua integridade, respeitando a configuração objetiva da instituição, serão únicos em todos os âmbitos, com independência do sexo dos contraentes; entre outros, tanto os referidos direitos e prestações sociais, como a possibilidade de ser parte em procedimentos de adoção”. Do original: “Ley 13/2005: La regulación

Na data da aprovação da lei, o Presidente espanhol se pronunciou sobre a importância da mudança na legislação, que segundo ele foi pequena perto da relevância na vida de certos casais. Na mesma oportunidade, o Presidente pediu generosidade e respeito aos que se opunham ao casamento igualitário, entre os quais a Igreja Católica¹³² e o Foro Español de la Familia (ALFAGEME, 2015)¹³³.

del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial. Pero tampoco en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho. Esta percepción no sólo se produce en la sociedad española, sino también en ámbitos más amplios, como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio. (...) Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta. (...) En el contexto señalado, la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción” (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponible em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017).

¹³² A Espanha possui um dos maiores contingentes de católicos do mundo, tendo recebido destaque quando foi o primeiro país de origem latina a aprovar o casamento igualitário (VECCHIATTI, 2012, p. 542). “É importante destacar que a Espanha, assim como o Brasil, é um país de maioria católica e que houve oposição ferrenha da Igreja quanto à aprovação das

Em reportagem do jornal *El País* sobre os dez anos da lei, foram mostradas pesquisas de 2005 e de 2015 sobre a aceitação social da homossexualidade e do casamento igualitário, que avançou consideravelmente no período. Contudo, o Foro Español de la Familia continua em atuação na Espanha, mantendo a pauta contrária ao casamento igualitário e para tanto contando com vozes dentro da academia, como o Catedrático de Filosofia do Direito da Universidade de Sevilha Francisco José Contreras¹³⁴.

A disputa sobre o conceito de família e os institutos a ela ligados, como o casamento, também está em pauta na França¹³⁵. No fim de 2012 e início de 2013, o movimento *La Manif pour Tous* realizou diversas passeatas em defesa do casamento apenas entre homem e mulher na Europa, chegando a reunir milhares

modificações legislativas, sob argumento de que o reconhecimento da união homoafetiva violaria o instituto do matrimônio” (MARCON, 2012, p. 152).

¹³³ Organização da qual participam diversas outras entidades, entre as quais até mesmo a Igreja Católica, e que tem entre suas pautas a luta contra o casamento entre casais do mesmo gênero.

¹³⁴ Trecho da fala do referido professor, em tradução livre desta autora: “Os ‘novos modelos de família’, ‘casal de fato’, ‘família reconstituída’ (separados que se casam novamente ou constituem nova união), família monoparental, família homoparental – são mais instáveis e conflituosos. Pode demonstrar-se, com a estatística em mãos, que o modelo de família clássico (pai e mãe casados entre si educando seus filhos até a maioridade) **é o mais benéfico para os filhos** (...). A boa notícia é que se verifica um começo de reação em alguns países. O matrimônio gay foi rechaçado por referendo em vários países da Europa oriental (Eslovênia, Croácia etc.). Polônia, Hungria etc. defendem a família natural com suas leis. E na França ocorreu em 2013 o assombroso movimento *La Manif Pour Tous*, com centenas de milhares de pessoas protestando nas ruas contra a redefinição do casamento (casamento gay), a gestação de substituição e a inseminação artificial”. Do original: “Los ‘nuevos modelos de familia’, ‘pareja de hecho’, ‘familia reconstituida’ (separados vueltos a casar o emparejar), familia monoparental, familia homoparental – son más inestables y conflictivos. Puede demostrarse, estadística en mano, que el modelo de familia clásico (padre y madre casados entre sí educando a sus hijos hasta la mayoría de edad) **es el más beneficioso para los niños** (...). La buena noticia es que se aprecia un comienzo de reacción en algunos países. El matrimonio gay ha sido rechazado en referéndum en varios países de Europa oriental (Eslovenia, Croacia, etc.). Polonia, Hungría, etc. defienden la familia natural con sus leyes. Y en Francia tuvo lugar en 2013 el asombroso movimiento de *La Manif Pour Tous*, con cientos de miles de personas protestando en las calles contra la redefinición del matrimonio (matrimonio gay), la gestación subrogada y la inseminación artificial”. Disponível em: <<http://www.religionenlibertad.com/francisco-jose-contreras-movilizacion-profamilia-desarticulo-cuando-llego-rajoy-55404.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹³⁵ A Espanha não é o único país europeu a enfrentar embate social sobre a questão. Na França, que admite o casamento e a adoção por casais do mesmo gênero conforme lei aprovada em 2013, também apresentada por um governo socialista, do Primeiro-Ministro Jean-Marc Ayrault, com apoio do Presidente, Frances Hollande, houve grandes protestos mobilizados pelo grupo *La Manif pour Tous*, em português, “a manifestação para todos”, em contraposição ao movimento “casamento para todos”. Assim como o Foro Espanhol da Família, o movimento *La Manif por Tous* abarca várias instituições e tem outros pontos além da contrariedade ao casamento homoafetivo na Europa. Cf. Foro Español de la Familia, disponível em <www.forofamilia.org> e *La Manif pour Tous* disponível em <<http://www.lamanifpourtous.fr>>, acessos em: 19 mar. 2017.

de pessoas contra o casamento homoafetivo, que mesmo assim passaria a ser permitido por lei em 2013¹³⁶.

Apesar da colonização do Brasil por Portugal, os rumos jurídicos dos dois países quanto ao reconhecimento da família homoafetiva se distanciaram especialmente a partir dos anos 2000. O tema conseguiu avançar no Parlamento português, e o casamento entre pessoas do mesmo gênero foi aprovado em 11 de fevereiro de 2010; em fevereiro de 2016, passou a ser permitida, não sem oposição, a adoção de crianças por casais homoafetivos.

As supremas cortes de alguns países ocidentais, como os Estados Unidos, além do Brasil, vêm reconhecendo o direito fundamental a constituir família ao decidir casos que envolvem direitos de homoafetivos a casar e a ter filhos, por exemplo.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que reconheceu o direito constitucional de casais do mesmo gênero a se casar (*Obergefell vs. Hodges*) apresentou detalhada análise da jurisprudência da Corte sobre o casamento, investigando nas decisões anteriores os contornos e os direitos relacionados ao casamento. Pelo conjunto de decisões apresentado, aquele tribunal verificou que alguns requisitos, antes considerados inerentes ao instituto, foram superados ao longo dos anos pelas decisões precedentes. Segundo a Suprema Corte, apesar de a história do casamento envolver a união entre pessoas de gêneros distintos, “A história do casamento é tanto de continuidade quanto de mudança” (Suprema Corte dos Estados Unidos, *Obergefell vs. Hodges* – tradução livre desta autora)¹³⁷.

Dentro do conjunto de mudanças relativas ao conceito de casamento, a Suprema Corte dos EUA conseguiu demonstrar que havia elementos comuns às decisões anteriores, que deveriam ser aplicados à verificação do direito constitucional ou não de casais do mesmo gênero a contrair matrimônio. Segundo a decisão, a Corte há muito tinha reconhecido que o direito a se casar é protegido pela Constituição e que as liberdades fundamentais relacionadas à 14^a Emenda (sobre o devido processo) se estendem a certas escolhas (termo usado pela decisão) pessoais que decorrem da identidade individual e das crenças do indivíduo. Algo impensável nos Estados Unidos até a década de 1960, a proibição

¹³⁶ *La Manif pour Tous*. Disponível em: <<http://www.lamanifpourtous.fr/>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹³⁷ No original, US Supreme Court *Obergefell vs. Hodges*, p. 6: “The history of marriage is one of both continuity and change”.

ao casamento inter-racial foi vedada pela decisão *Loving vs. Virginia*, em 1967, demonstrando que aspectos considerados inerentes ao conceito de casamento (como a realização apenas entre pessoas da mesma cor) poderiam mudar.

Para a Suprema Corte norte-americana, essas novas percepções sobre o casamento teriam fortalecido e não enfraquecido a instituição. As mudanças em sua compreensão eram características de uma nação na qual as dimensões de liberdade se apresentam de forma diferente para as sucessivas gerações.

As liberdades fundamentais, protegidas pela cláusula do processo legal da 14ª Emenda, estendem-se, para a Suprema Corte, a certas escolhas pessoais centrais para a dignidade individual e a autonomia, incluindo algumas que decorrem da identidade e das crenças da pessoa.

Quatro princípios e tradições foram utilizados para demonstrar que as razões para o casamento ser fundamental sob a Constituição dos EUA se aplicam com igual força aos casais do mesmo gênero. Em primeiro lugar, o direito à escolha individual no que se refere ao casamento é inerente à concepção da autonomia individual. Em segundo, o direito ao casamento é fundamental porque é a união entre duas pessoas que recebe, como nenhuma outra, importância para os indivíduos comprometidos. Assim, partindo da decisão *Griswold vs. Connecticut*, que decidiu que os casados tinham direito ao uso de métodos contraceptivos, casais do mesmo gênero teriam o mesmo direito que casais heteroafetivos de desfrutar de relações íntimas para além da simples liberdade de ter relações sexuais não consideradas criminosas. A terceira premissa, fixada na jurisprudência anterior inerente ao direito a casar, é que esse instituto é a salvaguarda de crianças e suas famílias, refletindo em outros direitos, como o de criar uma criança, o de procriar e o direito à educação. Sem o reconhecimento e a estabilidade que o casamento confere, os filhos desses casais sofreriam por saber que pertencem a famílias de segunda classe, com impactos patrimoniais e de estabilidade jurídica. Apesar disso, a Suprema Corte dos Estados Unidos reforçou que o direito a se casar não é menor importante para aqueles que não podem ou não querem ter filhos: “o direito ao casamento não pode ser condicionado à capacidade ou ao comprometimento a procriar” (Suprema Corte dos Estados Unidos, *Obergefell vs. Hodges* – tradução livre desta autora)¹³⁸.

¹³⁸ Do original: US Supreme Court *Obergefell vs. Hodges*, p. 3: “The right to marry cannot be conditioned on the capacity or commitment to procreate”.

Por fim, a Suprema Corte dos EUA indicou que, segundo a tradição de suas decisões, o casamento é fundamental para a ordem social, uma vez que foi colocado pelos Estados no centro de muitos aspectos da ordem legal e social. Seria humilhante deixar casais do mesmo sexo de fora dessa instituição central da sociedade, pois esses casais também poderiam aspirar aos propósitos transcendentais do casamento. A vedação ao casamento homoafetivo, segundo a Corte, teria por muito tempo parecido natural e justa, mas essa aparência era incompatível com o significado central do direito fundamental ao casamento.

Outro caso relevante sobre a influência da orientação sexual do indivíduo na constituição de família e no exercício dos direitos e deveres enquanto membro de uma família é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Nesse julgamento, a juíza chilena Karen Atala alegava que o Chile havia decidido em desfavor dela na disputa de guarda das filhas, por preconceito em relação à sua orientação sexual. Isso porque, após se divorciar do pai das meninas, Atala iniciou um relacionamento homoafetivo público.

A denúncia do Chile à Corte Interamericana se baseou no entendimento de que a juíza havia perdido a guarda das filhas apenas em razão de sua orientação sexual. No julgamento, a Corte Interamericana entendeu que a fundamentação de Karen Atala procedia, pois o pedido de guarda de seu ex-marido fora formulado após a constituição da relação homoafetiva de Karen e sob a alegação de que não era saudável às filhas serem criadas pela mãe com sua companheira. A ação de guarda movida pelo ex-marido de Karen Atala se fundava em argumentos contrários aos relacionamentos homoafetivos, que supostamente desviavam o sentido natural da família para as crianças e que poderiam colocar as filhas em risco, uma vez que, segundo a ação, o casal de lésbicas estava mais sujeito a contrair doenças sexualmente transmissíveis. Na ação de guarda, Atala reconheceu seu relacionamento homoafetivo, e alegou que este não a impedia de exercer adequadamente sua autoridade parental.

Em primeira e segunda instância, Karen Atala venceu, sob o argumento de que as provas produzidas demonstravam que a orientação sexual da mãe não tinha influência em sua habilidade de exercer a maternidade da forma devida, inexistindo indícios de danos às filhas pela exposição ao relacionamento da mãe com sua companheira. As meninas foram ouvidas e manifestaram o desejo de voltar a viver com a mãe.

A Corte Suprema do Chile, porém, deu provimento ao recurso do pai, em decisão com divergência, de três votos a dois¹³⁹, pelo entendimento de que a convivência próxima com a mãe em relacionamento homoafetivo era potencialmente lesiva ao desenvolvimento das filhas, até pelo fato de elas estarem sujeitas ao preconceito social. Determinou-se, assim, a manutenção da guarda com o pai, que já a havia conseguido por meio de decisão interlocutória no processo.

Após esse julgamento, Atala apresentou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que determinou que o Chile adotasse algumas recomendações. Estas foram descumpridas, motivo pelo qual, seis anos após a apresentação perante a Comissão, o caso foi submetido à Corte Interamericana, que, não sendo uma quarta instância, mas possuindo jurisdição internacional de natureza subsidiária, não analisou a quem caberia a guarda dos filhos, mas sim a possível violação dos direitos humanos de Karen Atala na decisão judicial.

Na análise do caso chileno, a Corte Interamericana identificou quatro pontos em que se fundou a decisão da Corte chilena, todos eles relacionados à orientação sexual de Atala, e verificou que essas afirmações estariam desprovidas de fundamentos técnicos, sendo meras especulações. Cabe mencionar, em especial, o suposto direito a uma família tradicional e normal (dentro do padrão reconhecido como socialmente ideal), identificado na decisão chilena que concedeu a guarda ao pai das filhas de Atala, o que foi rechaçado pela Corte Interamericana. Segundo esta, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial no art. 17, acima transcrito, baseia-se em conceito ampliativo de família; a proteção prevista não seria apenas para a instituição tida como modelo, mas também para outros formatos de família e de laços familiares além do casamento.

Em junho de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou questionamento da Corte Constitucional Romena (Case C-673/16 Relu Adrian Coman and Others vs. Inspectoratul General pentru Imigrări and Others) solicitando fosse declarada a correta interpretação sobre normas da União

¹³⁹ Os votos vencidos não se fundavam na matéria familiar, mas em aspectos processuais, segundo os quais o recurso não era apto a ensejar uma terceira instância, mas apenas a regular questões específicas.

Europeia que tratam da livre circulação dos cidadãos dos Estados-Membros e de sua família, ainda que formada por indivíduos não cidadãos europeus. O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a livre movimentação de pessoas, um direito fundamental, deve ser garantida aos casais do mesmo sexo (gênero) quando um dos membros é cidadão europeu, desde que sua união tenha sido celebrada por Estado-Membro que a reconheça, ainda que o país para o qual desejam se mudar não reconheça uniões entre pessoas do mesmo gênero. Com essa decisão, não há imposição de que os Estados-Membros adotem o casamento ou união civil entre homossexuais, mas se determina que, se esse casal tiver sua união devidamente reconhecida em Estado-Membro que autorize tais uniões, o outro Estado-Membro deve analisar o pedido de residência sem discriminação, isto é, reconhecendo a validade dessa união juridicamente firmada perante outro Estado-Membro¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

¹⁴⁰ Decisão disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd63cf68e382b74b73a04ef88c7287245e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNchb0?text=&docid=198383&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4453>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

¹⁴¹ Antes dessa decisão da mais alta corte da União Europeia, as uniões entre pessoas do mesmo gênero já haviam sido objeto de casos relevantes, especialmente *Schalk and Kopf vs. Áustria* (2010), *Vallianatos e outros vs. Grécia* (2013) e *Oliari and Others vs. Itália* (2015), todos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos. No primeiro deles, um casal austríaco tentou contrair matrimônio, mas o governo da Áustria negou, por entender que o casamento deveria se realizar entre homem e mulher. A questão chegou até a Corte Europeia de Direitos Humanos, que não reconheceu o direito do casal de contrair matrimônio (sendo que já havia conseguido constituir legalmente sua parceria civil e que os Estados podem adotar formas diferentes para relações distintas). No entanto, sem efeitos práticos, a Corte reconheceu, pela primeira vez, que casais do mesmo gênero também podem desfrutar do conceito de vida em família, no lugar apenas de vida privada (*vide* item 94, p. 21, da decisão, disponível em: <http://www.menschenrechte.ac.at/uploads/media/Schalk_und_Kopf_gg_OEsterreich_Urteil_01.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018). No julgamento do caso *Vallianatos e outros vs. Grécia* (2013), a Corte estabeleceu que, a despeito de não haver a obrigação de prever regulamentação para as relações homossexuais, a introdução de uma norma que previsse uniões civis exclusivamente a heterossexuais discriminava injustificadamente as pessoas por sua orientação sexual, condenando a Grécia por tal situação. Decisão disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-128294%22%5D%7D>>. Acesso em: 13 set. 2018. Em *Oliari and Others vs. Itália* (2015), o ponto central era se esse país tinha a obrigação de assegurar a seus cidadãos e residentes alguma forma de reconhecimento da união homoafetiva. A Corte entendeu que a Itália não tinha obrigação de reconhecer o casamento, mas deveria, ao menos, possibilitar alguma forma de união ou parceria civil, assegurando o direito à vida privada e em família. Assim, o país foi condenado a indenizar os demandantes por não lhes assegurar qualquer meio de acesso ao direito à vida privada e em família. O precedente *Schalk and Kopf vs. Áustria* foi destacado, pois, quando este último país instituiu a parceria civil, a Corte reconheceu que ele não estava na vanguarda, mas também não estaria em atraso em relação aos demais países (na Áustria a parceria civil foi instituída em 2010), e que em 2015, quando do segundo julgamento, mais da metade dos Estados-membros já tinha regulamentado alguma forma de reconhecimento de direitos aos casais do mesmo sexo. Decisão disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-156265%22%5D%7D>>. Acesso em: 13 set. 2018.

Para alguns autores, como Marcon, existe um direito universal à constituição de família, inclusive sustentado em documentos internacionais, em especial a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, em seu artigo 16, e no artigo 17 do Pacto de San Jose da Costa Rica, os quais levam “à conclusão de que homens e mulheres são livres em sua individualidade para contraírem matrimônio, podendo ser com outro homem ou com outra mulher, de acordo com sua orientação sexual” (MARCON, 2012, p. 125).

A questão religiosa e da tradição se opõe ao bem-estar, à liberdade e ao pleno desenvolvimento do ser humano dentro de suas próprias características. O crescimento do apoio social à família homoafetiva está inserido no contexto social de distanciamento dos valores religiosos em relação ao Estado, a estudos e ao ativismo social. Desde os anos 1970 são realizadas pesquisas em instituições científicas de renome sobre o tema.

Há demonstrações de que filhos de casais homoafetivos não sofrem qualquer prejuízo em função da estrutura de suas famílias (JOSLIN, 2011), assim como existem estudos segundo os quais pessoas que vivem em países que reconhecem a família homoafetiva são mais tendentes a assumir sua orientação sexual (CHARLTON, 2016), o que permitiria acesso a tratamento e abordagem médica adequados, por exemplo.

4.3 O debate jurídico sobre a possibilidade de reconhecimento da família homoafetiva no Brasil

Em entrevista publicada em 1997, João Baptista Villela destacou que a discussão jurídica sobre a união entre pessoas do mesmo sexo não era nova, mencionando debates sobre o tema ainda no século XVII. Ao trazer a questão para a atualidade, o doutrinador destacou o questionamento contemporâneo sobre as relações tradicionais, em especial o casamento, que passou a ser rejeitado sobretudo por jovens. É “nesse cenário de insatisfação e rejeição ao casamento que os *gays* lutam para conseguir abrir para si as portas dessa instituição” (VILLELA, 1997, p. 73-74).

Como já largamente exposto, no Brasil a família era, até 1988, formada pelo casamento, que exigia, sem controvérsia jurídica relevante, a dualidade de

gêneros (ESPÍNOLA, 2001, p. 69). Foi a partir da consolidação constitucional da união estável como família que cresceu, no país, o debate sobre a família homoafetiva.

A despeito do julgamento da ADI 4.277/ADPF 132, cabe trazer a discussão, ainda que em parte judicialmente superada, sobre o reconhecimento jurídico da família homoafetiva (em parte porque continua a ser debate na esfera política e jurídica, como mostraram as eleições de 2018) (MARCON, 2012, p. 12).

Pela defesa da impossibilidade do reconhecimento jurídico da família homoafetiva no Brasil há, essencialmente, dois argumentos: a construção histórica da família, em especial com justificativas sobre sua origem religiosa, e a redação literal dos artigos 226, § 3º, e 1.723 do Código Civil.

Álvaro Villaça Azevedo cita a origem histórica da família e sobretudo do casamento, cuja existência sempre exigiria a dualidade de gêneros. O autor traz doutrina e jurisprudência que sustentam ser o casamento inexistente em casos de pessoas do mesmo gênero.

... nossa sociedade assiste, presentemente, ao fenômeno da convivência, sob o mesmo teto, ou não, de pessoas do mesmo sexo, por tempo duradouro. Nem se cogite, nessa hipótese, de que se pudesse falar em casamento, como regulado pelo Código Civil, ainda que, por qualquer erro ou inadvertência, venha o ato da união a registrar-se no Cartório. Isto porque, pelo mesmo Código, o casamento, embora sem qualquer determinação expressa, de que se realize entre homem e mulher, de acordo com suas rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência. Todo o sistema regulador do casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial (AZEVEDO, 2001, p. 470).

Apesar de registrar o reconhecimento de famílias homoafetivas em outros países há muitos anos, Álvaro Villaça entende que não poderia ser reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo gênero, em função do teor literal do § 3º do art. 226 da Constituição (AZEVEDO, 2001, p. 473), mas, já em 2001, antevia a possibilidade de relações homoafetivas virem a configurar família: “Enquanto a união homossexual não for reconhecida como apta à constituição de família, o que nos parece prematuro (...)” (AZEVEDO, 2001, p. 477).

Pouco após a promulgação da Constituição, com o expreso reconhecimento da união estável, surgiram os primeiros debates acerca da possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo. Ricardo Pereira Lira, por exemplo, entendia que o tema é alheio ao direito de família (1997, p. 46).

Em sentido diverso, já nos anos 2000, Luís Roberto Barroso, que, antes de se tornar ministro, foi um dos advogados que patrocinaram a defesa da união homoafetiva junto ao STF, entendia que a igualdade formal seria suficiente para solucionar a questão da família homoafetiva. Barroso menciona o art. 3º, III, da CF, em conjunto com o *caput* do art. 5º, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, para afirmar que a Constituição repele toda forma de discriminação e preconceito (BARROSO, 2011, p. 119-121).

Segundo Luís Roberto Barroso, não seria admissível qualquer discriminação por orientação sexual, e essa proibição estaria implícita no termo “gênero” (sexo). Para ele, os argumentos utilizados para negar direitos a homossexuais não seriam razoáveis ou legítimos. Em texto de 2011, o hoje ministro elencou os motivos comumente utilizados por autores para a negativa de direitos a homossexuais, entre os quais a impossibilidade de procriar, a ausência de padrões de “normalidade moral” e contrariedade a valores cristãos (BARROSO, 2011, p. 121-123).

Barroso refutou esses argumentos à luz da igualdade formal: não se exige das famílias heterossexuais que procriem para que sejam consideradas famílias (o reconhecimento da família monoparental afastaria em definitivo essa questão); a normalidade histórica não é um conceito que deva ser aplicável à questão, pois já foram normais a escravidão e a tortura; ainda, não se pode admitir a imposição de uma noção majoritária de normalidade em uma sociedade plural e democrática; por fim, a laicidade do Estado não pode admitir a prevalência de valores religiosos apenas por esse argumento (BARROSO, 2011, p. 121-123).

Com a conjuntura internacional no Ocidente, em especial após a década de 1960, o já mencionado movimento social LGBT, seja organizado ou por meio de indivíduos isolados que buscavam o reconhecimento de seus direitos, passou a atuar nas diferentes esferas de Poder.

Nos anos 1990, quando se iniciava a judicialização intensiva de ações envolvendo casais homoafetivos, com discussão essencialmente patrimonial, os casos eram tratados sob a competência das varas cíveis. Em sua dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Marcon (2012, p. 96) aponta o pioneirismo¹⁴² do Poder Judiciário gaúcho, o

¹⁴² O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já possuía vasta jurisprudência reconhecendo a possibilidade jurídica de pedidos de reconhecimento de união estável homoafetiva no início dos

primeiro a reconhecer a competência das varas de família a casos de casais homoafetivos (TJRS, 8ª Câmara Cível, AI 599075496)¹⁴³, deslocando-se da esfera da análise do direito das obrigações, como eram vistas essas relações, por serem, “sociedades de fato”¹⁴⁴.

anos 2000, ao passo que, a título de exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2010, ainda mostrava divergência quanto à questão. Essa divergência fica demonstrada com as ementas dos julgados da época de algumas Câmaras do TJSP: “Ementa: Ação Declaratória de Existência de União Estável – Relação homoafetiva – Sentença de procedência – Impossibilidade – Normas constitucionais e infraconstitucionais que não albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual – Legislação pátria que prevê união estável somente entre homem e mulher – Inteligência dos art. 1.723 do Código Civil, art. 226, § 3º da Constituição Federal e art. 1º da Lei n. 9.278/96 — Sentença reformada — Inversão do ônus da sucumbência – Recurso provido” (TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, 0342262-77.2009.8.26.0000 Apelação, j. 16.12.2009); “Ementa: COMPETÊNCIA – Pedido de reconhecimento de união homoafetiva c.c. alimentos e indenização – Declinação da competência pelo Juízo da Vara da Família e Sucessões, que determinou a remessa a uma das Varas Cíveis – Ação fundamentada na vida em comum, alicerçada em laços afetivos – Inegável a produção de efeitos jurídicos decorrentes de eventual relação havida entre as partes, contudo, impossibilidade de equiparação à entidade familiar – Diversidade de sexos exigida como pressuposto para constituição da união estável pela Constituição Federal (art. 226, § 6º), e legislação aplicável à matéria (art. 1.723 do CC e art. 9º da Lei n. 9.278/96) – Circunstância que afasta a competência da Vara da Família – Reconhecida a competência de uma das Varas Cíveis da Capital – Agravo a que se nega provimento” (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Percival Nogueira, 0301591-12.2009.8.26.0000 Agravo de Instrumento, j. 21.01.2010); “Ementa: AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL – Pedido juridicamente impossível – Inexistência no ordenamento jurídico de união homossexual com o caráter de estabilidade – Preceito constitucional específico que protege e reconhece, em tese, união estável entre o homem e a mulher – Art. 226, § 3º, da Constituição Federal. PARTILHA DE BENS – Possibilidade, em tese, de ação visando partilha de bens amealhados com esforço comum – Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal – Princípio que veda enriquecimento ilícito e assume contornos econômicos com fundamento no Direito Obrigacional – Afastamento da extinção do processo, sem julgamento do mérito. COMPETÊNCIA – Incompetência absoluta do Juízo de Vara de Família e Sucessões para conhecimento e julgamento do pedido – Remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca da Capital – Recurso provido em parte” (TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silvério Ribeiro, 0119317-17.2008.8.26.0000 Apelação, j. 10.02.2010); “Ementa: declaratória de reconhecimento de união homoafetiva cumulada com partilha de bens e herança. Admissibilidade. Ordenamento jurídico vigente não exclui a pretensão da apelante. Situação fática que exige a entrega da prestação jurisdicional no mérito. Divergência jurisprudencial já é suficiente para que o feito tenha regular sequência. Anulação da sentença deve prevalecer. Apelo provido” (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, 0277447-71.2009.8.26.0000 Apelação, j. 08.09.2010).

¹⁴³ “Relações homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, a semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido” (TJRS, AI 599075496, 8ª C. Cív., Rel. Des. Breno Moreira Mussi, j. 17.06.1999).

¹⁴⁴ As primeiras decisões reconhecendo efeitos patrimoniais das relações homossexuais o faziam sem, contudo, reconhecer a união estável. Marcon aponta a decisão da Terceira Turma do TRF4 na Apelação Cível 96.04.55333-0/RS, de relatoria de Marga Inge Barth Tessler, cujo julgamento ocorreu em 20.08.1998, como a primeira do país a conceder direitos a casais homossexuais, no caso a inclusão em plano de saúde: “Mantida a sentença que extinguiu o feito em relação ao pedido de declaração da existência de união estável entre os autores, pois, pelo teor do § 3º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, tal reconhecimento só é viável quando se tratar de pessoas do sexo oposto; logo, não pode ser reconhecida a união em relação a pessoas do mesmo sexo. 6. A recusa das rés em incluir o segundo autor como

Essa evolução é comparável à do instituto da união estável, analogia utilizada em diversos exemplos na jurisprudência, como na primeira decisão que concedeu direitos a homossexuais (TRF4, 3ª Turma, rel. Des. Marga Barth Tessler, Apelação Cível n. 96.04.55333-0/RS, julgamento em 20.08.1998 e publicação em 24.11.1998, ementa transcrita em nota de rodapé). O aumento das demandas judiciais levou ao reconhecimento da necessidade, em ambos os casos, de dar proteção a essas formas familiares, mesmo antes de serem expressamente abraçadas pela Constituição.

A jurisprudência do STJ evoluiu de forma semelhante ao entendimento anterior à CF 1988 sobre o reconhecimento de direitos ao então concubinato. Em 1998, no julgamento do REsp 148.897/MG¹⁴⁵, esse tribunal afastou a possibilidade jurídica da união estável, mas reconheceu a possibilidade de se admitir a existência de sociedade de fato, como ocorria com o concubinato antes de ser absorvido como união estável pelo direito de família. A Súmula 380 do STF sobre concubinos foi utilizada como parte da fundamentação.

Em 2004, no julgamento do Recurso Especial Eleitoral 24.564/PA, baseando-se em jurisprudência anterior do STJ que reconhecia a relação homoafetiva para fins de divisão patrimonial (sociedade de fato) e previdenciários

dependente do primeiro, no plano de saúde PAMS e na FUNCEF, foi motivada pela orientação sexual dos demandantes, atitude que viola o princípio constitucional da igualdade que proíbe discriminação sexual. 7. Injustificável a recusa das rés, ainda, se for considerado que os contratos de seguro-saúde desempenham um importante papel na área econômica e social, permitindo o acesso dos indivíduos a vários benefícios. Portanto, nessa área, os contratos devem merecer interpretação que resguarde os direitos constitucionalmente assegurados, sob pena de restar inviabilizada a sua função social e econômica. 8. No caso em análise, estão preenchidos os requisitos exigidos pela lei para a percepção do benefício pretendido: vida em comum, laços afetivos, divisão de despesas. Ademais, não há que se alegar a ausência de previsão legislativa, pois antes mesmo de serem regulamentadas as relações concubinárias, já eram concedidos alguns direitos à companheira, nas relações heterossexuais. Trata-se da evolução do Direito, que, passo a passo, valorizou a afetividade humana abrandando os preconceitos e as formalidades sociais e legais. 9. Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. (...)”.

¹⁴⁵ STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp 148897/MG, j. 10.02.1998: “EMENTA: sociedade de fato. Homossexuais. Partilha do bem comum. O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos no art. 1363 do C. Civil. Responsabilidade civil. Dano moral. Assistência ao doente com aids. Improcedência da pretensão de receber do pai do parceiro que morreu com aids a indenização pelo dano moral de ter suportado sozinho os encargos que resultaram da doença. Dano que resultou da opção de vida assumida pelo autor e não da omissão do parente, faltando o nexo de causalidade. Art. 159 do C. Civil. Ação possessória julgada improcedente. Demais questões prejudicadas. Recurso conhecido em parte e provido”.

(REsp 148.897/MG), o TSE declarou a inelegibilidade de candidata à prefeitura de município que tinha como prefeita reeleita mulher com a qual a então candidata convivia em união estável (ainda que não houvesse o reconhecimento jurídico dessa relação como família).

Evidentemente que o reconhecimento do TSE não se deu para os efeitos do direito de família, mas a Justiça Eleitoral admitiu a existência dos reflexos da união entre duas mulheres de forma análoga à proteção à sociedade que se dá em relação à possível concentração de poder de uma família.

Ao julgar o caso já mencionado do TRF4 (96.04.55333-0/RS) que concedeu, de forma inédita, o direito à inclusão de parceiro em plano de saúde, então convertido em REsp 238.715/RS¹⁴⁶, a Terceira Turma do STJ manteve a inclusão do parceiro no plano, sem reconhecer a união estável, mas explicitando a analogia entre a relação homossexual e a união estável: “O relacionamento regular homoafetivo, embora não configurando união estável, é análogo a esse instituto” (p. 5 do acórdão).

A família homoafetiva foi efetivamente reconhecida pelo Judiciário apenas nos anos 2000. Tal reconhecimento se deu, inicialmente, por meio da possibilidade da união estável, e apenas posteriormente via casamento, questão ainda não decidida pelo STF, como já exposto. Aliás, natural que fosse esse o caminho, uma vez que a união estável possui menor carga histórica, moral e religiosa que o casamento.

A judicialização dessas questões também provocou resultados junto ao Poder Executivo. As Instruções Normativas n. 25/2000, 50/2001 e 57/2001 do INSS foram elaboradas com inclusão expressa de menção a companheiros homossexuais, por força de decisão judicial na Ação Civil Pública n. 2000.71.00.009347-0, da Terceira Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, mencionada inclusive em referidas instruções. Da mesma forma, a SUSEP regulamentou, pela Circular n. 257/2004,

¹⁴⁶ STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp 238.715/RS, j. 07.03.2006: “EMENTA: Processo civil e civil – Prequestionamento – Ausência – Súmula 282/STF – União homoafetiva – Inscrição de parceiro em plano de Assistência médica – Possibilidade – Divergência jurisprudencial não configurada. Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na Formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de Prequestionamento. A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de Assistência médica. O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana”.

a equiparação dos companheiros homossexuais aos heterossexuais em caso de pagamento de benefício por morte pelo seguro obrigatório (DPVAT), em função de decisão judicial da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo proferida na Ação Civil Pública 2003.61.00.026530-7 (MARCON, 2012, p. 113).

Já o Poder Legislativo se mostrou dividido e impossibilitado de legislar sobre o tema.

A questão, como visto, ainda comporta polêmica. Eventual norma do Legislativo reafirmando o entendimento já proferido pelo STF poderia trazer mais conformidade sobre o tema. Segundo manifestação reproduzida pelo portal *Conjur*, Álvaro Villaça Azevedo entende que o STF não reconheceu a união estável homoafetiva, mas apenas deu proteção a casais do mesmo gênero

Jamais poderia haver conversão de união estável homoafetiva para casamento, pois o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a união estável homoafetiva. O Supremo admitiu a proteção do casal homoafetivo, dando a eles os mesmos direitos, mas não a união estável (BEZERRA, 2013).

Outro argumento contrário à família homoafetiva é a impossibilidade de gerar prole, o que Maria Berenice Dias, uma das referências na defesa jurídica da família homoafetiva, também aponta como distinção entre as uniões hétero e homoafetivas. Contudo, a conclusão a que ela e os defensores da posição contrária chegam é distinta.

Para Maria Berenice Dias, tal como Barroso, essa é uma diferença inapta a gerar a discriminação no não reconhecimento das relações homoafetivas como aptas a constituir família, pois “a capacidade procriativa ou a vontade de ter prole não são elementos essenciais para que se empreste proteção legal a um par” (DIAS, 2009, p. 117).

Ives Gandra da Silva Martins está entre os que entendem que a impossibilidade de constituir prole é um dos motivos para que não se reconheça a família homoafetiva.

O respeito à dignidade humana e a liberdade de união dos pares de homens e homens ou mulheres e mulheres é que não justifica que se considere que tais uniões sejam iguais àquelas constituídas por um homem e uma mulher. São diferentes, jurídica e faticamente, sem que esta diferença represente qualquer “capitis diminutio” na dignidade dos seres humanos, que optaram por uma união entre iguais. A diferença reside em que são pares que, biologicamente, não podem gerar filhos, o

que não ocorre com os casais constituídos por um homem e uma mulher. A união sexual de dois homens é impossível de gerar prole, como também a união sexual de duas mulheres. Podem externar nesta união afeto, mas a *grande diferença* é que *não podem gerar filhos* de sua relação sexual. Ora, dizer que, perante a Constituição, são iguais uniões que são biologicamente diferentes, tendo em vista que somente a que ocorre entre um homem e uma mulher é capaz de garantir a perpetuação da espécie, constitui, de rigor, uma falácia. Se todos os homens se unissem com outros homens e todas as mulheres se unissem com outras mulheres, sem utilização de qualquer artifício (inseminação artificial), a humanidade se extinguiria! Há, pois, nítida diferença biológica e jurídica entre os casais de homens e mulheres e aquelas uniões entre homens e homens e mulheres e mulheres. E a diferença — capacidade de gerar prole pelos meios naturais — é tão essencial e de tal magnitude que impede a equiparação (MARTINS, 2011).

Ao lado dos que entendem pelo reconhecimento da família homoafetiva, Paulo Iotti Vecchiatti propõe o reconhecimento pleno da família homoafetiva com base na interpretação extensiva da Constituição, sendo idênticas as relações heterossexuais e homossexuais quanto ao amor familiar, base da família contemporânea. Esse autor rebate o argumento do texto literal da Constituição e do Código Civil sob a premissa de que a menção expressa a um formato familiar não poderia implicar a “proibição implícita” a outros formatos de família (VECCHIATTI, 2012, p. 107-108).

No mesmo sentido, Carlos Eduardo Marcon entende que a menção a uma forma de composição do casamento ou da união estável pela norma constitucional ou infraconstitucional não pode representar a vedação interpretativa da formação sem diversidade de gênero, fundando seu argumento no fato de ser exemplificativo o rol do art. 226 da CF, que seria, como já mencionado, “cláusula geral” (MARCON, 2012, p. 96)¹⁴⁷.

Em importante reflexão baseada na realidade social do país, Marcon traz dados estatísticos que demonstram que o que se chama de família tradicional (matrimonial) não reflete a totalidade ou a maioria da realidade social brasileira:

¹⁴⁷ “O texto constitucional vigente não trouxe expressamente a previsão de tais entidades familiares, nem tampouco vedou sua constituição. Por óbvio, seria impossível que o legislador pudesse prever todos os tipos familiares possíveis. Assim, o que fez foi meramente exemplificar alguns tipos de família, sem obstar outras formas de constituição. (...) De qualquer maneira, a conformação da norma à interpretação, por inúmeras vezes, pode gerar uma leitura inovadora, a ponto de criar um modelo jurídico novo. Essa criação de novos modelos jurídicos é denominada mutação constitucional, pela qual há alteração do sentido da norma, sem contrariar a Constituição, por meio exclusivamente da interpretação conformada à realidade social” (MARCON, 2012, p. 10 e 63).

A Constituição de 1988 prevê expressamente três tipos de constituição de família: casamento (civil e religioso com efeitos civis), união estável e família monoparental. (...) Entretanto, a pesquisa nacional de amostragem de domicílio (PNAD), do IBGE mostra que, na prática, as relações familiares brasileiras são distintas, indo muito além dos modelos legais previstos no artigo 226 da Constituição federal. Referida pesquisa enumera alterações nos chamados “arranjos familiares”, de forma que as famílias diminuíram de tamanho, há maior percentual de pessoas que passaram a morar sozinhas, muitos casais se separaram, dando origem a família sem um dos pais no domicílio, os casais homossexuais passaram a ser mais frequentes, é cada vez maior o número de pessoas que contrai novo matrimônio ou se une formando outras famílias e, cada vez mais, casais passam a viver em união, mesmo que sem coabitação. Da aludida pesquisa, extraem-se dados que comprovam que as famílias “típicas”, formadas por casais heterossexuais com filhos, têm diminuído, ao passo que outros tipos familiares têm apresentado expressivo aumento. (...) Dessa feita, essas mudanças sociais requerem novas formas de se captar as relações familiares (MARCON, 2012, p. 41-42).

O reconhecimento das relações homoafetivas tem como principal fundamento a proteção dos integrantes dessas famílias. Contudo, como demonstrado pelo julgamento do RESPE 24.564/PA, o reconhecimento jurídico dessas famílias que existem de fato também pode servir para proteger a própria sociedade.

Entre as decisões que serão analisadas neste trabalho está o acórdão da ADI 4.277 e a ADPF 132, do STF, que reconheceu a existência jurídica da família homoafetiva. Apesar de já haver decisões anteriores reconhecendo uniões estáveis homoafetivas, inclusive no Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁸, o acórdão foi de relevância ímpar por ter recebido efeitos *erga omnes* do tribunal constitucional brasileiro. Entretanto, uma leitura em termos binários do resultado final do julgamento, que será detalhadamente analisado a seguir, leva à aparente constatação que ele se limitou, exclusivamente, ao reconhecimento da possibilidade da união estável sem dualidade de gêneros, sem análise expressa da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo gênero e de temas relacionados ao direito à descendência de casais homoafetivos, seja por técnicas de reprodução assistida, seja por meio de adoção. Essa constatação superficial será objeto de detalhada análise e reflexão nos capítulos a seguir.

¹⁴⁸ Na jurisprudência do STJ destaca-se o REsp 148.897/MG, que reconheceu direitos previdenciários em decorrência de união homoafetiva, e o Recurso Especial 820.475/RJ, julgado pela Quarta Turma, relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 02.09.2008, que mudou o entendimento anterior, para estabelecer que havia possibilidade jurídica de pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva.

Após essa decisão, o STJ já se manifestou favoravelmente ao casamento homoafetivo (REsp 1.183.378/RS, que também será analisado) e aos direitos à descendência de pessoas do mesmo gênero (REsp 1.540.814/PR), e o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 175/2013¹⁴⁹, que determinou a obrigatoriedade de todos os órgãos competentes reconhecerem a união estável, convertê-la em casamento e celebrar o casamento direto entre pessoas do mesmo gênero. Em face dessa resolução, o Partido Social Cristão ajuizou a ADI 4.966, que questiona sua constitucionalidade formal (segundo a ADI, o CNJ teria exacerbado seus poderes ao editar a norma) e material (o casamento entre pessoas do mesmo gênero é inconstitucional, por ausência de dualidade de gêneros). Essa ação ainda pende de julgamento no STF¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Resolução n. 175/2013 do CNJ: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo n. 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013; CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; RESOLVE: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

¹⁵⁰ Antes dessa ADI, o PSC ajuizou o MS 32.077 junto ao STF, contra a Resolução n. 175 do CNJ, alegando violação ao direito líquido e certo de que a matéria fosse discutida pelo Legislativo. A inicial desse MS foi indeferida pelo ministro relator, Luiz Fux, em 28 de maio de 2013.

5. ANÁLISE DOS JULGADOS SELECIONADOS

Até este capítulo, buscou-se apresentar a fluidez do conceito sociológico, histórico e, especialmente, jurídico de família, questionar o que de fato significa “família tradicional”, bem como a repercussão do conceito para além da constituição da família, para garantir o acesso a determinados direitos, além de apresentar elemento que vem sendo apropriado pelo direito de família e se encontra em fase de desenvolvimento teórico: o afeto ou afetividade.

A (historicamente) recente superação da exclusividade da família matrimonial, com a inclusão constitucional de outras modalidades dessa instituição, precedeu o ainda mais recente reconhecimento por tribunais superiores de uma nova modalidade de família: a homoafetiva.

Para além de discutir a existência jurídica ou não dessa formação familiar, o reconhecimento em si nos concede uma oportunidade relevante para analisar como esses tribunais entendem o que é família. Quais elementos são aptos a consolidar uma nova forma juridicamente protegida sob o manto do formato de família, que recebe especial proteção do Estado?

A seleção dos julgados a seguir estudados buscou diferentes vínculos dentro da família homoafetiva, para entender se há diferença jurídica entre esta e a família heteroafetiva e, ainda que não se busque estabelecer um conceito jurídico definitivo¹⁵¹, identificar os elementos que os ministros consideram necessários para a existência dessa instituição.

¹⁵¹ Sobre a conceituação jurídica de família, Giselda Hironaka reflete sobre a impossibilidade de definição, justamente em razão da fluidez do termo e das disputas entre poderes sociais para que prevaleça seu entendimento sobre família: “Não nos parece possível afirmar que a família ‘é’, na acepção sociológica do termo, já que nessa perspectiva as famílias sempre foram um ‘vir a ser’. Talvez apenas do ponto de vista do direito positivo nos seja dado, em países como o Brasil, reproduzir conceitos em voga nos muitos períodos da história. O problema surge pela obviedade de que conceituar significa limitar fenômenos pela convenção de padrões, que nem sempre estão ligados apenas à convenção da maioria, senão a dos que detêm o poder, enquanto argumento de autoridade. Por isso, dizer o que família ‘é’ para o direito necessariamente requer que fechemos os olhos para um sem-número de fatos sociais essencialmente representativos da família, mas que por vezes não se encaixariam nas letras frias de um invólucro qualquer do Direito positivado. Daí a necessidade de que os conceitos sejam cada vez mais abertos, especialmente em matéria de família. Esse é o estágio atual da nossa codificação, o da mobilidade das suas cláusulas, da efetiva quebra daquele paradigma limitador dos conceitos, para que a dinâmica jurídica possa criar, de forma lógica, jurídica e socialmente fundamentada tantos quantos sejam necessários à solução dos casos práticos” (HIRONAKA, 2015, p. 54).

É sinal de rápida mudança de paradigma que uma formação social homoafetiva seja considerada apta a constituir uma família, uma vez que as relações homossexuais eram até pouco tempo repudiadas socialmente, por exemplo, a homossexualidade passou a ser descriminalizada na Grã-Bretanha na segunda metade da década de 1960, e o primeiro Estado norte-americano a deixar de punir a “sodomia” foi Illinois, em 1961 (HOBBSAWM, 1995, p. 322).

A aceitação da homoafetividade como algo “normal” é, portanto, recente. Por isso, surpreende a rapidez com que essas relações passaram a fazer parte da disputa política no Ocidente, recebendo proteção sob o formato de família em diversos países. Tudo isso demonstra a relevância desse movimento social.

Em alguns países, como os já mencionados França e Espanha, além dos sul-americanos Uruguai (em 2013) e Argentina (2010), o casamento homoafetivo é permitido por meio de definição do Parlamento, isto é, de alteração legislativa. Em outras nações, assim como no Brasil, a família homoafetiva tem sido reconhecida ou validada pelo Poder Judiciário, caso dos Estados Unidos, onde alguns Estados já permitiam o casamento homoafetivo quando a questão foi pacificada pela Suprema Corte, em 2015, com o julgamento do caso *Obergefell vs. Hodges*.

Apesar das discussões gramaticais sobre o texto constitucional brasileiro, ele não proíbe expressamente o casamento entre pessoas do mesmo gênero¹⁵². Da mesma forma, não há exigência expressa da dualidade de gêneros na parentalidade ou na união estável.

O direito de família brasileiro, como já demonstrado, tem sido construído, também, a partir da superação da legislação supostamente literal pelo Poder Judiciário, na tentativa de, em casos concretos, reparar injustiças causadas, essencialmente, pelo não reconhecimento de uma família de fato ou pelo não reconhecimento como família de uma construção social muito similar ao que se entendia como essa entidade. Nelson Carneiro enfatizou a relevância da jurisprudência na construção do direito de família e do próprio conceito de família, como no já mencionado reconhecimento jurisprudencial da legitimação de filhos e

¹⁵² A CF 88 trata do casamento nos parágrafos do art. 226 sem mencionar a dualidade de gêneros. Ainda que o faça em relação à união estável, não há, gramaticalmente falando, uma proibição expressa à sua constituição por pessoas do mesmo gênero: art. 226, § 3º. “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

na admissão de direitos à companheira, quando tal termo sequer era reconhecido (CARNEIRO, 1977, p. 14-15).

Não apenas no Brasil, mas em diversas partes do mundo ocidental, a família e seus direitos têm sido objeto de constantes questionamentos às Cortes Constitucionais, que examinam desde a possibilidade de constituição de família (pela união civil, pelo casamento e pela filiação – adoção) até o direito de livre circulação em Estados-Membros da União Europeia.

Antes de passar propriamente à análise da jurisprudência selecionada, cabe discutir a relevância da jurisprudência nesse debate. O Brasil, baseado no *civil law*, tem na jurisprudência, em tese, caráter essencialmente não legislativo.

Rubens Limongi França produziu trabalho relevante sobre a questão¹⁵³. O autor reconhece que excepcionalmente, verificados alguns requisitos, a jurisprudência, tida como a “repetição constante, racional e pacífica” de julgados, poderia se transformar em “preceito geral” (FRANÇA, 1971, p. 213), desde que não violasse expressamente nenhum texto de lei vigente, fruto de ponderação profunda em face de “lacuna do sistema jurídico”, tendo a conclusão jurisprudencial sido reiterada e aceita pacificamente pelo Judiciário (p. 214) e assumindo “os caracteres de um verdadeiro costume judiciário” (p. 215), que não pode conter variações ou contradições.

Para Limongi França, a jurisprudência teria cinco funções a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e e) rejuvenescer a lei (FRANÇA, 1971, p. 217-222). A interpretação deve ser feita com base na análise de cada um dos termos da lei sob o caso concreto, utilizando a doutrina, que

¹⁵³ O autor colocou para o sistema do *civil law* duas concepções especialmente relevantes de jurisprudência, sendo uma o conjunto de todas as decisões de juízes e tribunais sobre os casos que lhe foram submetidos, com “uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei” (FRANÇA, 1971, p. 204), e outra o “conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico” (FRANÇA, 1971, p. 204). Limongi França alertou que transformar os julgados em norma geral não possuía respaldo constitucional à época, e que isso seria algo arriscado e perigoso para o próprio ordenamento jurídico. O autor ainda buscou demonstrar, com farta bibliografia, que, nesse sistema, uma das características principais da jurisprudência era a de não vincular, necessariamente, o magistrado, fossem decisões de sua lavra ou referentes aos tribunais mais elevados (FRANÇA, 1971, p. 204), havendo de ter em conta que a Constituição de 1988 reduziu o controle de constitucionalidade difuso e deu maior ênfase ao controle concentrado e que referido texto é de 1970. Limongi França buscou demonstrar que seu entendimento não era uma crítica à *common law*, posto que nesse sistema a jurisprudência era construída de forma distinta, com princípios e formada com diversos precedentes. Mudar a jurisprudência na *common law* seria, portanto, algo mais gravoso e complexo do que a revogação de uma lei no *civil law* (FRANÇA, 1971, p. 211).

analisa os termos legais e o sentido que o legislador desejou empregar à norma, superando o julgador as divergências específicas na doutrina. Ao julgador é facultado, até mesmo, seguir entendimento não previsto nos tratados e estudos, quando existentes razões recentes e fortes, dando vida e atuação à lei.

Ainda segundo Limongi França, a lei não deve ser dura. Sua aplicação no caso concreto deve ser norteadada pelo bom e pela equidade, sem, contudo, desvirtuar ou quebrar a lei. O juiz pode revelar o direito, mas não pode criá-lo arbitrariamente. A fim de decidir segundo a lei ou suprindo a lacuna, em tal criação específica, o julgador deve se ter em vista “a analogia, o costume e os princípios gerais de direito” (FRANÇA, 1971, p. 221). Por fim, a o rejuvenescimento da lei deve se dar à luz do encontro da lei fria, cristalizada, com a atuação ativa e humanizada do julgador, de modo a adaptar a lei à realidade social.

A essa concepção, ainda que fundamental para nos remeter ao que a jurisprudência era conceituada até recentemente, impõe-se trazer o cenário atual, complexo, no qual temos o que é chamado de judicialização da política. Este seria o alargamento do Judiciário em detrimento dos demais órgãos, inclusive sobre temas vistos essencialmente como políticos, o que acabou por elevar a jurisprudência a outro patamar de relevância. Uma das facetas dessa judicialização seria o ativismo ou protagonismo judicial, fenômeno que não é meramente brasileiro (VIEIRA, 2008, p. 442)¹⁵⁴.

¹⁵⁴ “Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos” (VIEIRA, 2008, p. 442). Oscar Vilhena Vieira, em texto que se tornou referência sobre o tema, apontou algumas hipóteses para esse fenômeno, “a expansão do sistema de mercado”, o qual confiaria haver mais previsibilidade e estabilidade nas decisões judiciais, que também seriam maior fonte de segurança jurídica que os legisladores eleitos, mais pressionáveis pela sociedade e considerados pouco eficientes. Outra vertente tem fundamento no aumento da atuação do direito e do Judiciário pelas dificuldades do sistema representativo, em especial a de atingir os ideais de justiça e igualdade, premissas do “ideal democrático” e previstas nas “constituições contemporâneas” rígidas com controle de constitucionalidade, o que chamou de “deslocamento da autoridade do sistema representativo para o judiciário” (VIEIRA, 2008, p. 443). Esse deslocamento poderia ser decorrente dessas constituições rígidas, ambiciosas na instituição de direitos, com certa desconfiança na democracia, pois tais direitos deveriam apenas ser regulamentados e implementados pelo Legislativo e pelo Executivo, cabendo ao Judiciário a última palavra sobre a Constituição, da qual passou a ser guardião. O que o autor chama de “hiperconstitucionalização vida contemporânea”, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa. “Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do Judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinçamento do sistema representativo” (VIEIRA, 2008, p. 443). Esse fenômeno já teria sido verificado há muito nos

As duas visões apresentadas representam posições solidamente distintas sobre o papel do Judiciário e a extensão da jurisprudência. Sem entrar propriamente no longo e acirrado debate acerca da existência ou não da judicialização da política¹⁵⁵, do ativismo judicial ou da constitucionalização do direito civil, ou de suas origens e consequências, parece inegável que o STF assumiu o protagonismo no país e, junto com ele, sobre questões federais, o STJ¹⁵⁶.

Como já exposto, o que se pretende neste trabalho é estudar as decisões que reconheceram a um grupo específico, em causas individuais e em tese, o direito a constituir família e direitos decorrentes de uma família. Se esse

Estados Unidos, no início do século XX e em meados desse século na Europa do pós-Guerra, onde o nazismo e fascismo levaram a um aumento da desconfiança da democracia de massas, “rompendo com a velha tradição rousseauiana de soberania popular” (VIEIRA, 2008, p. 443-444). Com esse cenário, “os juízes passariam a ter responsabilidades não apenas de legisladores negativos, na formulação de Kelsen, mas também por zelar pelo cumprimento das promessas positivas feitas pela Constituição” (VIEIRA, 2008, p. 444). Especificamente no Brasil, com a CF 1988 e posteriores emendas, o STF acumulou as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado. Assim, Oscar Vilhena Vieira divide em duas vertentes o termo cunhado por ele: a autoridade máxima do STF em face dos demais órgãos do Judiciário, com a possibilidade de efetivamente impor suas decisões aos demais órgãos, especialmente a partir de 2005, com as súmulas vinculantes, o que tinha sido, em relação ao controle difuso, um problema ao longo da história do STF. De outro lado, esse termo, segundo seu criador, refere-se ao aumento da autoridade do STF em relação aos demais poderes. Vilhena Vieira destacou ser sua intenção apenas chamar a atenção para o fenômeno, sem declarar um caráter positivo ou negativo para ele, avaliar o caráter progressista ou não de decisões do STF, mas sua posição em nosso ordenamento. Se de um lado essa atuação foi, em parte, para o fortalecimento do Estado de Direito e do constitucionalismo, de outro demonstrou a fragilidade do sistema representativo. O autor entende ser positivo haver um guardião para a Constituição, diante da ausência de cuidado de políticos para com ela. A tarefa de interpretá-la traz problemas de hermenêutica e da delimitação da esfera de atuação da Corte, havendo riscos de um poder sem devidos controles, sugerindo a redistribuição de competências do STF, a diminuição do acervo, por filtros processuais, limitação de decisões monocráticas e melhora do processo deliberativo, para além da resposta binária de sim ou não a determinada questão (VIEIRA, 2008, p. 456-459).

¹⁵⁵ A judicialização da política tem sido tema de diversos estudos e se tornou expressão vaga, mas largamente adotada. A dissertação de mestrado de Jeferson Mariano Silva busca demonstrar que o próprio conceito de judicialização da política é polissêmico e que, além de uma reação às ações de legitimados a pedir a interpretação constitucional de forma concentrada (rol alargado com a CF/1988, após acirrado debate) (SILVA, 2011, p. 37), é também decorrente da atuação e da não atuação do STF, que, com critérios formais, tentaria hierarquizar e elencar os temas sobre os quais daria seu pronunciamento. Ou seja, a judicialização deveria ser vista para além do mero acionamento do STF, mas também da forma como é dada a resposta, seja de recebimento, seja de mérito, seja pelo tempo em que se demora a julgar certos temas. Nesse contexto, o autor critica a noção de ativismo, pois uma das facetas da judicialização seria a própria não atuação do STF (SILVA, 2011, p. 81-86).

¹⁵⁶ Além da judicialização, há também menções a uma jurisdicionalização ou judicialização do cotidiano (submissão dos conflitos particulares a órgãos julgadores), enquanto a judicialização estaria associada a demandas sociais em face do Estado para obtenção de direitos. Além das críticas à judicialização, esta também é vista como uma tábua de salvação para situações contemporâneas consolidadas socialmente, sem proteção jurídica, como os relacionamentos homoafetivos (RUSCHEINSKY; DEMARI, 2016, p. 354-355).

reconhecimento é ou não fruto da judicialização do direito ou da constitucionalização do direito civil, esse é tema para outro estudo. De qualquer forma, tais apontamentos apenas reforçam a relevância deste estudo, dedicado a investigar decisões do STF e do STJ.

Sem antecipar a discussão sobre o reconhecimento da família homoafetiva e suas possíveis críticas, seja alegando que o Judiciário se limitou a declarar a constituição pelas técnicas de interpretação, seja entendendo que ele inovou no ordenamento jurídico ou que cumpriu seu dever constitucional ou o excedeu, é certo que o STF, em sua competência de controle concentrado de constitucionalidade, declarou que, em todo o território nacional, uniões estáveis entre pessoas do mesmo gênero são juridicamente possíveis. Por sua vez, o STJ, interpretando e aplicando essa decisão, reconheceu outros direitos, com repercussão em todo o ordenamento jurídico.

Cabe, nestas notas sobre o papel da jurisprudência no direito de família, lembrar que, no passado, como destacado em capítulos anteriores, a jurisprudência havia reconhecido soluções inovadoras em casos concretos quanto à família anterior a 1988, como a ideia de indenização por serviços domésticos ou a flexibilização da anulação de matrimônios¹⁵⁷, mas as definitivas mudanças jurídicas sobre a família tinham sido efetivadas pelo Legislativo, seja pela Lei da Mulher Casada, pela Emenda Constitucional 77 e pela Lei do Divórcio, ou pela Constituição Federal de 1988.

A efetiva análise dos julgados, com base no roteiro metodológico anteriormente apresentado, também permite que se verifique o fundamento e as divergências nos votos, para além do resultado binário de conhecimento ou não do recurso e de provimento ou não, trazendo as nuances do entendimento dos ministros e a compreensão de questões inerentes ao conceito de família. Foi

¹⁵⁷ Uma solução para o fim do casamento (em sentido não técnico, já que a anulação importaria declarar que ele nunca existiu) em vida antes do divórcio estava sendo encontrada no Judiciário, que flexibilizou as regras para a anulação, segundo autores da época. Essa atuação não passou despercebida pelo Executivo, tendo sido objeto de decretos de Getúlio Vargas em 1942, visando conter o aumento de anulações de casamentos e restringindo os critérios para tanto, a fim de evitar o que teria chamado de “divórcios disfarçados” (CÂMARA, 1960, p. 11). Tanto a tentativa de anulação de casamento quanto o reconhecimento de direitos à então concubina ou a superação das restrições impostas aos filhos não “legítimos”, frise-se, reservavam-se à esfera de casos particulares, sem ter sido decidida a questão com repressão no ordenamento, como em um dos casos que serão estudados.

possível analisar as consequências do resultado para além da mera resposta binária.

Para a análise dos julgados, serão destacadas questões secundárias dos votos apenas quando estritamente necessárias para a compreensão dos casos. Comentários adicionais sobre o processo também dependerão de informações adicionais extraídas dos votos, quando possível.

Assim, passa-se a analisar, pelos meios metodológicos já apresentados, os julgados em que o STJ e o STF reconheceram a família homoafetiva e direitos específicos ao casamento e à parentalidade homoafetiva, com a finalidade de identificar elementos utilizados por esses tribunais para a configuração de família. As análises serão apresentadas na mesma ordem da cronologia dos julgamentos.

5.1 Análise do acórdão do REsp 820.475/RJ: possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva

O julgamento do Recurso Especial 820.475/RJ, que se iniciou em 2007 e se encerrou em 2008, tratou do caso de dois homens que pediam o reconhecimento judicial de sua união estável. Eles alegavam viver juntos desde 1988. Tinham se mudado para o Canadá, onde constituíram uma relação juridicamente reconhecida, e desejavam o reconhecimento da união estável também no Brasil, para que um deles, estrangeiro, pudesse ter visto permanente neste país. Em primeira instância, a ação foi extinta sem julgamento de mérito, tendo sido entendido como pedido juridicamente impossível. O TJRJ manteve a sentença, sob o fundamento de que a legislação federal determinava que companheiros deveriam ser de sexos distintos. O casal interpôs recurso extraordinário, inadmitido, e recurso especial, que foi distribuído para relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, sustentando desrespeito aos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, 126 e 132 do CPC/1973, 1º da Lei n. 9.278/96 e 1.723 e 1.724 do Código Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Após mais de seis meses da sessão em que foi proferido o primeiro voto, houve empate entre a corrente que julgou prejudicado o recurso, por ser o pedido juridicamente impossível (Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho), e outra que reconheceu a possibilidade jurídica do pedido e determinava a anulação

do processo até a sentença, para ser proferida decisão de mérito (Ministros Antonio de Pádua Ribeiro e Massami Uyeda).

Em razão desse cenário, o Ministro Luís Felipe Salomão apresentou voto de desempate, em que reconheceu que as normas aplicáveis ao caso, arts. 1.723 e 1.724 do CC, não vedavam expressamente a união homoafetiva¹⁵⁸.

Por maioria de votos, o recurso foi conhecido, declarando-se não haver vedação legal expressa às uniões homoafetivas, tendo sido determinada a anulação da sentença e remessa dos autos à origem, para julgamento de mérito¹⁵⁹.

Os votos dando provimento ao recurso, para anular a sentença, foram de Antonio de Pádua Ribeiro, Massami Uyeda e, no desempate, Luís Felipe Salomão. Já o entendimento de que o pedido seria juridicamente impossível e, portanto, o recurso não deveria ser conhecido foi sustentado pelos Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho.

Apesar de ser uma decisão não unânime, por 3 a 2, o caso foi um relevante precedente na jurisprudência do STJ, apesar de produzir efeitos *inter*

¹⁵⁸ O ministro se referiu a julgado do STF em que foi declarada a derrogação do art. 1º da Lei n. 9.278/96, destacando precedente em que o STJ, ainda que não tenha reconhecido expressamente a união estável entre pessoas do mesmo gênero, assegurou a tal união direitos patrimoniais análogos aos da união estável (REsp 238.715/RS).

¹⁵⁹ “Ementa: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. LEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto à possibilidade jurídica do pedido, corresponde à inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 5. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, REsp 820475/RJ Recurso Especial 2006/0034525-4, j. 02.09.2008, DJe 06.10.2008, RDTJRJ, v. 77, p. 97).

pars. Pela primeira vez se expressou que a união estável homoafetiva não estaria expressamente vedada no ordenamento jurídico.

5.2 Análise do acórdão do REsp 889.852/RJ – parentalidade – adoção unilateral de crianças adotadas por companheira

Em 2010, uma mulher requereu a adoção unilateral de duas crianças, que já tinham sido adotadas exclusivamente por sua companheira. Quando houve a primeira adoção, as mulheres já conviviam havia cinco anos, e, no momento do julgamento do recurso, conviviam havia dez anos. As crianças eram criadas por elas há pelo menos quatro anos.

No voto do relator, Ministro Luís Felipe Salomão, há indicação de que foram realizados estudos minuciosos, em face dos quais foi proferida sentença de primeira instância de procedência, determinando a adoção, com aposição do sobrenome da adotante e sem discriminação da relação avoenga com termos “materno” ou “paterno”. Em face da sentença, o Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso de apelação que foi improvido, em face do que interpôs recurso especial, por suposto desrespeito aos arts. 1.622 e 1.723 do Código Civil de 2002, 1º da Lei n. 9.278/96 e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, além de dissídio jurisprudencial.

Foi apresentado parecer pelo Ministério Público Federal no sentido do improvimento do recurso.

O Ministro Luís Felipe Salomão, relator, cindiu a questão em dois pontos essenciais: a situação fática (a adotante já era companheira da mãe das crianças quando esta as adotou, e todos conviviam desde a adoção, como uma família) e a ausência de previsão expressa sobre a possibilidade de a adotante ser companheira do mesmo sexo das mães das crianças¹⁶⁰.

¹⁶⁰ “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 do acórdão).

Apesar de os ministros não entrarem efetivamente no reconhecimento da união estável¹⁶¹, o relator ressaltou que as uniões homoafetivas merecem tratamento idêntico ao recebido pelas demais uniões estáveis, apresentando precedentes para demonstrar que a união estável homoafetiva era análoga à união estável heteroafetiva. Não havia vedação legal à primeira, que seria caso de lacuna a ser suprida pelo Judiciário.

Ainda, os ministros destacaram que a situação fática estaria consolidada, pois as crianças já conviviam com a adotante, que era companheira de sua mãe adotiva desde antes da adoção, e que a Corte não poderia se furtar a dar uma solução para o caso diante de uma lacuna.

Apesar de abordar a possibilidade jurídica de tal adoção e a existência da união estável homoafetiva (sem, contudo, reconhecê-la para fins jurídicos), o acórdão dedicou-se muito mais a demonstrar a peculiaridade e a prevalência dos interesses dos menores naquele caso concreto pela adoção. O Ministro João Otavio Noronha destacou que aquele era o primeiro caso da Quarta Turma do STJ e que estavam fixando uma orientação no sentido de que, em casos como o do recurso, deveria ser atendido o melhor interesse da criança (sendo que, naquele caso concreto, o melhor interesse era o da adoção)¹⁶².

Por unanimidade, o recurso foi improvido¹⁶³.

¹⁶¹ Trecho do voto do relator: “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 n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que, ao alterar a redação do art. 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 casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família’)” (p. 22 do acórdão).

¹⁶² “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 do acórdão).

¹⁶³ Ementa do julgamento: “DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade

Cientes de possíveis críticas, pelo fato de o tema ser polêmico e representar um precedente inédito, os ministros enfatizaram que a adoção era o melhor caminho, pois asseguraria o bem-estar das crianças, destacando os fatos narrados pelas instâncias inferiores a fim de justificar a adoção. O ministro relator fez essa análise com base no art. 43 do ECA, isto é, sob a premissa de identificar qual seria a solução mais benéfica para as crianças, dando especial ênfase à

transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a 'garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes'. Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que 'a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos'. 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitáveis estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), 'não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores'. 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da 'realidade', são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13 A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido" (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, REsp 889852/RS, Recurso Especial 2006/0209137-4, j. 27.04.2010, DJe 10.08.2010, RT, v. 903, p. 146).

proteção moral e patrimonial que elas teriam com a efetivação da adoção. Para tanto, lançou mão dos fatos reconhecidos pelas outras instâncias.

O zelo com a repercussão do caso se mostrou, também, no voto-esclarecimento do Ministro João Otávio de Noronha, que expressamente quis registrar uma resposta antecipada a uma possível crítica ao fato de que o STJ estaria legislando sobre direito de família. O ministro registrou que uma pessoa homossexual não estava proibida de adotar, portanto não haveria nenhum desrespeito à lei, mas apenas o preenchimento de uma lacuna, pela “força criadora da jurisprudência” (p. 29 do acórdão)¹⁶⁴.

O recurso do Ministério Público do Rio Grande do Sul não foi conhecido quanto ao alegado dissídio jurisprudencial e foi improvido quanto à suposta ofensa à legislação federal, por unanimidade, nos termos do voto do relator¹⁶⁵.

5.3 Análise do acórdão da ADPF 132 e da ADI 4.277 do STF: união estável

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 foi proposta pelo Governador do Rio de Janeiro para que o Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado fosse interpretado de forma a permitir que os servidores homossexuais tivessem reconhecido o direito de licença para casais homoafetivos e para que o direito assistencial fosse estendido a esse formato de família. A interpretação restritiva, no sentido de não conceder o alcance desse benefício a servidores que constituíram família homoafetiva, feriria os preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica, da liberdade e da dignidade da pessoa humana (arts. 5º, *caput* e II, e 1º, IV, da CF). O Governador do Rio de Janeiro destacou que representava toda a população fluminense, inclusive os homossexuais, daí sua legitimidade, pois a interpretação restritiva vinha sendo objeto de ações judiciais e processos administrativos nos diversos Estados brasileiros. Assim, pedia a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às heterossexuais para fins de aplicação desse Estatuto. Foi feito pedido subsidiário para que a ação fosse

¹⁶⁴ O Ministro João Otávio de Noronha encerra seu voto-esclarecimento enfatizando a importância desse registro: “Portanto, sinto-me muito tranquilo para decidir aqui sem nenhuma sensação de invasão do espaço legislativo. É muito importante deixar positivado” (p. 29 do acórdão).

¹⁶⁵ Participaram do julgamento os Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade caso não fosse recebida como ADPF.

Posteriormente, foi distribuída a ADI 4.277 pela Procuradoria-Geral de Justiça, pedindo a declaração de obrigatoriedade do reconhecimento no Brasil das uniões homoafetivas como entidade familiar, sendo exigidos os mesmos requisitos para constituição de união estável heteroafetiva, e que fossem estendidos aos companheiros de uniões homoafetivas os mesmo direitos e deveres aplicáveis às uniões estáveis heteroafetivas.

As ações passaram a ser julgadas conjuntamente com a ADPF 132, pela coincidência de seus objetos, e várias entidades foram aceitas como *amici curiae*. O julgamento foi finalizado no dia 5 de maio de 2011.

O relator, Ministro Ayres Britto, deu conhecimento à ADPF 132 como ação direta de inconstitucionalidade com o fim de submeter o art. 1.723 do CC à interpretação conforme à Constituição.

O ministro relator destacou o uso do termo “homoafetividade”, que saiu do mundo jurídico para ser adotado até mesmo pelos dicionários. Em seguida, fez considerações sobre o uso pela Constituição da palavra “sexo”, que, segundo ele, só poderia ser usada para fins de “desigualação jurídica” se fosse em função de determinação constitucional. O art. 3º, IV, traria vedação explícita à discriminação e ao preconceito motivados pelo sexo dos seres humanos. O ministro alegou ainda a igualdade civil-moral e o pluralismo sociopolítico-cultural como valores de nosso sistema, apresentando o entendimento de que o sexo de nascimento é uma característica não volitiva e, portanto, não torna a pessoa mais ou menos digna. Por fim, entendeu que a Constituição não regulamentou a maneira como o ser humano pode empregar seu aparelho sexual.

Para o ministro relator, a proibição da discriminação em razão do sexo deveria ser analisada dentro da integral proteção da pessoa humana. Se de um lado a Constituição proibiu a discriminação em razão do sexo e de outro não determinou como este deveria ser exercido, colocou a sexualidade no campo da autonomia da vontade, um direito potestativo, com natureza de liberdade individual em sentido clássico. O ministro chamou-o de bem da personalidade, exigindo respeito do Estado e da sociedade, sob o prisma do direito à intimidade e à privacidade, inerentes à sexualidade.

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

Por se tratar de uma característica humana inata e sobre a qual não poderia haver discriminação, o relator entendeu que o tratamento dos homoafetivos deve ser isonômico ao dos heteroafetivos. Para ele, o livre exercício da sexualidade está inserido entre os direitos fundamentais, expressão da autonomia da vontade, decorrente do princípio da igualdade, devendo ser considerado cláusula pétrea.

Sendo o direito ao exercício da sexualidade cláusula pétrea, o Ministro Ayres Britto passou 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, Ayres Britto concluiu que a parte mais importante no tratamento da família é o *caput* do art. 226, segundo o qual a base da sociedade merece especial proteção do Estado. A família, no sentido de núcleo doméstico, pode ser constituída formalmente ou não, seja por casais hétero ou homoafetivos, “família em sentido cultural e espiritual ao mesmo tempo” (p. 20 do voto). O fundamento para tanto, entre outros, foram os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; o art. 191; o inciso IV e o § 12 do art. 201; o art. 203; o art. 205 e o inciso IV do art. 221, além da ausência de requisito trazida na instituição do salário-família (art. 7º, IV).

Ao dedicar proteção à família, segundo o ministro relator, o texto constitucional não determinou seu formato (diversidade ou não de gênero) ou a forma de sua instituição (casamento ou união estável, por exemplo), 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 Ayres Britto, seria insuscetível de definição prévia, sendo uma instituição cultural que supera em muito os limites do 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 entendeu que deve ser lido o art. 226, CF. Em seu voto, o ministro enfatizou que à família cabem diversos deveres e direitos, sem que a eles seja estabelecido um formato. Entretanto, sendo a família um gênero (ou continente, metáfora usada pelo relator), não cabe interpretação dos dispositivos do art. 226 e seguintes da CF para restringir àqueles formatos o que é família, devendo esta, portanto, ser interpretada de forma não reducionista.

O Ministro Ayres Britto entendeu que não há, no reconhecimento da união estável homoafetiva, superação do texto literal da Constituição. Segundo ele, o destaque à família matrimonial é uma homenagem à tradição ocidental, que confere “maior prestígio sociocultural religioso” (p. 27 do voto) ao modelo matrimonial, também em função de sua publicidade, voltada à durabilidade, que visa à própria estabilidade da família. Para o ministro relator, a menção ao homem e à mulher no tratamento da união estável se justifica pela tradição de o casamento civil se dar entre o homem e a mulher e ao fomento à conversão dessa união em casamento. Tal menção visaria à igualdade entre homens e mulheres também no âmbito da família, e, assim, seria uma tentativa de evitar a inferiorização da mulher pelo homem e não se relacionaria com a dicotomia entre heteroafetividade e homoafetividade. Entendimento em sentido diverso seria usar o texto constitucional para matar seu espírito.

Com essas considerações sobre a ausência de possibilidade de menção expressa a homem e mulher como vedação à família homoafetiva, Ayres Britto afirmou que a Constituição traz diferentes regras para o casamento e a união estável, mas entre elas não há proibição à sua formação por pessoas do mesmo sexo. Assim, não se poderia impor uma restrição não prevista expressamente na norma constitucional.

O ministro não definiu o que é família para fins jurídicos, mas fez várias considerações sobre sua natureza, enfatizando que se trata de uma instituição social complexa, muito além de um instituto jurídico, sendo o núcleo principal em que são concretizados os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade,

intimamente associada à ideia de moradia e asilo inviolável do indivíduo. Ayres Britto expressamente afirmou que o conceito é insuscetível de definição prévia e hermética. Segundo ele, entidade familiar seria a mesma coisa que família, sendo aquele “sinônimo perfeito” (p. 29 do voto) desta. Família é entidade familiar, e não se conforma a nenhuma das outras tipologias de entidades constitucionais.

Por fim, o ministro deu interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 Código Civil, para o fim de determinar que se exclua qualquer interpretação 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 do Ministro Ayres Britto na ADPF 132/ADI 4.277).

O Ministro Luiz Fux seguiu o entendimento do relator, partindo de algumas premissas que explicitou. A primeira, a de que a homossexualidade é um fato da vida (o que justificou inclusive com dados estatísticos do censo); a segunda, a de que a homossexualidade é uma orientação predeterminada, não uma escolha ou opção, sendo uma característica individual, que não se configura como patologia ou defeito. A terceira premissa foi a de que não se trata de uma ideologia ou crença. A quarta, a de que homossexuais também constituem relações contínuas e duradouras de afeto e assistência recíprocos, compartilhando as vidas. A última premissa seria jurídica: não há no ordenamento jurídico do Brasil vedação à constituição de uniões estáveis homoafetivas. Luiz Fux também destacou a reserva da lei para proibição de condutas (art. 5º, II, CF). Em seu voto, alegou ser a homossexualidade um elemento da personalidade.

O Ministro Fux destacou que o tema ainda não era pacificado na sociedade brasileira e que aquele julgamento, independentemente do resultado, seria muito polêmico, mas que cabia ao STF seu papel contramajoritário.

Luiz Fux entendeu que a família, a partir da CF 1988, passou a ser um “veículo de realização dos direitos fundamentais” (p. 11 do voto), tendo deixado de ser unicamente biparental, com homem, mulher e filhos. O ministro conceituou ontologicamente essa entidade a partir da utilização de três critérios (amor familiar, comunhão e identidade), entendendo que não haveria diferença

ontológica entre as uniões homoafetivas e as heteroafetivas e que, portanto, ambas mereceriam o mesmo tratamento jurídico. Afinal, 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, ainda segundo o Ministro Fux. Ele 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, depois, pela própria via administrativa. Em seu voto, citou 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 se podendo, eventualmente, relativizar a publicidade da união, diante do preconceito e intolerância que cercam essas relações. Com essas considerações, seguiu o voto do relator.

A Ministra Cármen Lúcia também reconheceu a existência da família homoafetiva, destacando que o art. 1.723 do CC reproduzia o art. 226, § 3º, da CF, de modo que o próprio artigo constitucional deveria ser interpretado. Esse artigo, segundo ela, não deveria ser lido como uma tentativa de equiparar a situação jurídica das mulheres à dos homens, mas também não negava expressamente a família homoafetiva. O reconhecimento no voto da ministra se deu com base na interpretação do da Constituição, em especial diante do direito à liberdade, do princípio da igualdade e da intimidade de cada um. Em seu voto, ela reconheceu, alinhada com o relator no mérito, a união estável homoafetiva com os mesmos direitos e deveres da heteroafetiva.

Ricardo Lewandowski divergiu do voto do relator, entendendo que se tratava de modalidade familiar não expressamente prevista na Constituição. O ministro se propôs a traçar o conceito “jurídico-constitucional” da família, para tanto retomando os textos constitucionais desde 1937 que reconheciam expressamente apenas a família matrimonial, o que foi rompido pela CF de 1988. Esta reconheceu em termos expressos 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 falariam em diversidade de gêneros. Para o Ministro Lewandowski, não haveria como admitir 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, citando debates dos anais da constituinte, e que a possibilidade de sua conversão em casamento afastava ainda mais a possibilidade do reconhecimento de relação entre pessoas do mesmo gênero naquela modalidade constitucional.

Lewandowski passou a questionar como seria feito o enquadramento do convívio público e duradouro de pessoas do mesmo sexo, com vínculos afetivos. Ele entendeu que não se trataria de uma união estável, e sim de uma quarta modalidade de entidade familiar, não expressamente prevista 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 heteroaferiva, da qual se distinguiria por determinação legal. O Ministro Lewandowski 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, Lewandowski propôs, dentro da interpretação analógica, o reconhecimento da “união homoafetiva estável” (p. 12 do voto), conferindo a ela o mesmo regramento da união estável, com exceção daquelas situações para as quais a lei exigisse a diversidade de gêneros para seu exercício, mas sem esclarecer quais seriam elas. Com essas ressalvas, acompanhou o voto do relator.

O Ministro Joaquim Barbosa também seguiu o entendimento do relator, reconhecendo a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Destacou tratar-se de realidade social incontestável, que sempre existiu, apontando a evolução na pauta de reivindicações de homossexuais, que inicialmente pediam a tolerância da sociedade e, no largo das décadas que antecederam o julgamento, passaram a reivindicar o reconhecimento de suas relações.

Joaquim Barbosa destacou lacuna legislativa, afirmando que a Constituição silenciara sobre o tema, sem alusão ou proibição às famílias homoafetivas (que não estariam abarcadas no art. 226, § 3º, CF), mas não porque quisera excluí-las. 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. Joaquim Barbosa seguiu o voto do relator sem ressalvas.

Antes de apresentar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes abriu debate em que expressou que seu entendimento, a princípio, seria pelo não reconhecimento da família homoafetiva, de acordo com o texto literal do art. 226, § 3º, da CF, de modo que não caberia interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do CC, que apenas reproduziria o teor constitucional. O ministro alegou que discordava da fundamentação geral até ali exposta, no sentido de que o reconhecimento da união estável homoafetiva não superava o entendimento literal da Constituição. Afirmou também que, ainda que o STF não pudesse ficar sujeito às críticas de ativismo, entendia que possivelmente se estaria indo além, diante do teor literal da Constituição.

Apesar disso, o Ministro Gilmar Mendes entendeu pelo reconhecimento da união homoafetiva, com diversas observações. Destacou que a interpretação conforme à Constituição 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 continha reprodução do texto constitucional. Também ressaltou que as uniões pautadas na afetividade, contínua e duradoura, entre pessoas do mesmo sexo são um fato da vida.

Gilmar Mendes ainda destacou que a ausência de regulamentação trazia insegurança tanto na esfera estatal quanto nas relações públicas e privadas, levando a constantes pleitos perante o Judiciário, com resultados distintos. Essa

lacuna não teria passado despercebida pelo Legislativo nos quinze anos anteriores ao julgamento, havendo diversos projetos sobre o tema, sem que se conseguisse chegar a alguma deliberação.

O Ministro Gilmar Mendes fez considerações sobre o direito comparado no tratamento à homossexualidade, apontando que os países que têm entendimento protetor estariam na tendência mundial, enfatizando as diferentes formas de proteção no estrangeiro e a importância do tempo na construção normativa dessa proteção em algumas nações.

Antecipando possíveis acusações de ativismo judicial, afirmou tratar-se do reconhecimento básico de direitos fundamentais a minorias, com base na vedação à discriminação, no direito à liberdade e à igualdade, tratando expressamente da liberdade de orientação sexual.

Ainda que entendesse que não se poderia interpretar conforme à Constituição em função do próprio art. 226, § 3º, da CF, o Ministro Gilmar Mendes argumentou 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. Desses princípios decorreria um dever de proteção, que se esvaziaria com a ausência de legislação e desestimularia 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, razão pela qual não se poderia admitir que ficassem sem proteção tais relações.

O ministro reforçou a ideia de que o caminho ideal para a criação dessa proteção às uniões homoafetivas, com políticas públicas, seria o Legislativo, mas, na sua ausência, não se poderia deixar esses casais totalmente sem proteção jurídica. Assim, Gilmar Mendes passou a tratar a questão sob o enfoque da lacuna constitucional e de sua solução no âmbito do controle da constitucionalidade, que deveria 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.

Gilmar Mendes ainda afirmou que a Constituição não trata da união homoafetiva, mas não a veda. Assim, recorreu à teoria do pensamento do possível, que já teria sido aplicada em precedentes do STF e TSE, de outras matérias.

Em conclusão a seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirmou estar de acordo, em linhas gerais, com o Ministro Ayres Britto, relator, mas em desacordo com relação a sua fundamentação, entendendo que existem fundamentos jurídicos para o reconhecimento da união homoafetiva, mas não com base no art. 226, § 3º, da CF ou no 1.723 do CC, e sim dos princípios e direitos fundamentais da Constituição destacados por ele. Gilmar Mendes recomendou 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. Apresentou indagações sobre a possibilidade de conversão ao casamento e filiação, concluindo que reconheceria a união sem se pronunciar naquele momento sobre possíveis desdobramentos, acompanhando o entendimento do relator, mas por motivos distintos.

O Ministro Marco Aurélio Mello votou pela aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas, sem ressalvas quanto a eventuais direitos ou deveres. Destacou que não verificava silêncio eloquente no art. 226, § 3º, da CF a vedar esse reconhecimento e que, sem ele, o direito ao projeto de vida dos homossexuais não seria reconhecido. Marco Aurélio Mello fundamentou seu voto, também, na mudança do regramento do direito de família pela Constituição (direito das famílias), bem como na dignidade da pessoa humana e no caráter contramajoritário dos direitos humanos.

Em extenso voto, Celso de Mello votou pelo reconhecimento vinculante da união estável entre pessoas do mesmo sexo, reconhecida como entidade familiar, exigidos os mesmos requisitos para a união estável entre o homem e a mulher, com idênticos direitos e deveres. Destacou o passado colonial e a perseguição da Coroa Portuguesa à homossexualidade também nas colônias, na época das Ordenações, com penas muito graves, no mesmo sentido da atuação da Igreja.

Celso de Mello entendeu que há um imperativo constitucional pelo reconhecimento da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar. O reconhecimento da família homoafetiva efetivaria o princípio da igualdade e garantiria liberdade pessoal e autonomia individual, superando tabus e

preconceitos que impediriam a busca da felicidade dos homossexuais, que recebiam tratamento discriminatório, rompendo com paradigmas antigos e na busca de uma ordem jurídica efetivamente inclusiva.

O Ministro Celso de Mello afirmou existir um direito personalíssimo à orientação sexual, havendo necessidade de assegurar direitos em favor de parceiros homossexuais. A vedação a esse reconhecimento, segundo ele, seria fundada em injustificáveis preconceitos.

Ainda a justificar a necessidade do reconhecimento da união estável homoafetiva, Celso de Mello destacou o direito à igualdade, à liberdade, à dignidade e à segurança jurídica e a previsão constitucional implícita do direito à busca da felicidade, que decorreria, implicitamente, do núcleo do princípio da dignidade humana.

O Ministro Celso de Mello também buscou afastar acusações futuras de ativismo judicial e reafirmou o papel contramajoritário do STF, inclusive em face da inércia do Legislativo. Reconheceu a importância do princípio majoritário na democracia, mas entendeu que esse não poderia suprimir ou aniquilar direitos fundamentais. Destacou que o STF já havia reconhecido o direito à busca da felicidade (ADI 3.300-MC/DF, que tratava do tema da união estável homoafetiva, mas que se considerou ter perdido objeto por mudança legislativa), que vem sendo usado pela Suprema Corte dos EUA e por constituições nas quais está positivado.

Celso de Mello afirmou que, com a CF 1988, consolidou-se a existência e o reconhecimento do afeto. Segundo o ministro, ela não toleraria que a maioria desrespeitasse os interesses de grupos minoritários, mostrando-se legítima a decisão que se estava tomando, pelo reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero com mesmos efeitos da união estável entre homens e mulheres.

O então Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, votou no sentido de que as normas constitucionais, em especial o art. 226, § 3º, da CF, trazem rol exemplificativo e não podem impedir o reconhecimento de outras modalidades de família. Para essa afirmação, fundou-se nos princípios da dignidade, da igualdade, da não discriminação, afirmando que na interpretação de todas as normas constitucionais é possível que haja outras entidades a serem tidas juridicamente como familiares. Para ele, haveria semelhança afetiva e material

das relações entre homossexuais com a união estável entre homem e mulher, mas não identidade; seriam situações semelhantes.

O Ministro Peluso divergiu da fundamentação do relator por entender que havia lacuna legislativa que precisava ser preenchida. Assim, entendeu pela aplicação ao caso das normas de direito de família que se aplicam à união estável entre homem e mulher, mas não de todas, porque, segundo ele, não seriam situações absolutamente idênticas, de modo que não poderiam ser integralmente equiparadas.

Alinhado ao entendimento de Gilmar Mendes, afirmou que o reconhecimento da Corte deveria ser regulamentado 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 de Cezar Peluso, foi reiterado que o reconhecimento imperativo da união por direitos fundamentais comportava regulamentação legislativa. Nesse aparte, Ayres Britto referendou haver espaço de atuação do Legislativo mesmo diante desse reconhecimento.

Assim, por votação unânime, o STF reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo gênero. Quanto à extensão do reconhecimento, por maioria, equiparou a tais uniões o regime jurídico das uniões entre homens e mulheres¹⁶⁶. Votaram pela equiparação de direitos e deveres os Ministros Ayres

¹⁶⁶ Ementa do julgamento: “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir ‘interpretação conforme à Constituição’ ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da

felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO 'FAMÍLIA' NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por 'intimidade e vida privada' (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia 'entidade familiar', não pretendeu diferenciá-la da 'família'. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado 'entidade familiar' como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', *verbis*: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA.

Britto, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Vencidos nesse ponto os Ministros Ricardo Lewandowski (que entendia ser aplicável apenas o que não exigisse diversidade de gênero, sem especificar quais seriam esses direitos e deveres), Gilmar Mendes, que votou apenas pelo reconhecimento, deixando, expressamente, de se pronunciar sobre demais desdobramentos dele, e Cezar Peluso, que votou pelo reconhecimento, consignando se tratar de situações semelhantes, porém não idênticas, que mereciam tratamento distinto, a ser enfrentado pelo Legislativo.

5.4 Análise do acórdão do REsp 1.183.378/RS do STJ – casamento

Esse recurso especial foi interposto por duas mulheres que viviam juntas de forma estável havia três anos e que, desejando se casar entre si, requereram habilitação para o casamento, o que lhes foi negado em dois cartórios de Registro Civil de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul. Diante dessas negativas, ajuizaram ação para obter a habilitação para o casamento sob o fundamento que não haveria vedação no ordenamento para que pessoas do mesmo sexo se casassem. Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente, pois, segundo a disciplina do Código Civil de 2002, o casamento só seria possível entre homem e mulher. Ao julgar o recurso de apelação das mulheres, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a decisão de primeiro grau. Em face desse acórdão, o casal interpôs recurso especial, com base em ofensa à legislação federal, no caso, ao art. 1.521 do Código Civil, que não teria incluído entre os impedimentos para o casamento a identidade de sexos; assim, diante da ausência de vedação legal expressa, o casamento entre duas mulheres seria permitido.

Diferentemente do caso comentado antes sobre união estável, nesse julgamento o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso. O julgamento se deu em 25 de outubro de 2011.

PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva" (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, ADI 4.277 e ADPF 132, j. 05.05.2011, DJe 14.10.2011).

O ministro relator, Luís Felipe Salomão, que afirmou estar reiterando entendimento anterior (REsp 820.475/RJ), iniciou o voto remetendo à origem dos Códigos modernos, a fim de demonstrar o diferente tratamento às esferas pública e privada. Na esfera privada, o valor principal seria a autonomia da vontade, ao passo que na pública o fundamental seria 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 às relações privadas, o que chamou de publicização do direito privado. Luís Felipe Salomão alegou que matérias antes pertencentes ao direito privado (família, propriedade, contrato e trabalho – que versam sobre direitos indisponíveis) passaram para o campo do público. Após a publicização, teria ocorrido a constitucionalização do direito civil, com a Constituição de 1988, que ocupou relevância antes do Código Civil.

Feitas essas considerações, o relator destacou que papel constitucionalmente atribuído ao STJ era o de interpretar a legislação infraconstitucional, porém sob a perspectiva das disposições constitucionais. Assim, declarou superada eventual alegação de que a matéria seria de natureza constitucional, devendo ser analisada pelo STF.

O Ministro Luís Felipe Salomão destacou que o juiz moderno não pode julgar de acordo com suas convicções morais pessoais e religiosas. As aceções religiosas e morais sobre família não interessariam ao direito.

Essa consideração veio antes de o ministro passar a analisar o entendimento dado pelo tribunal *a quo* aos arts. 1.514, 1.535 e 1.565 do CC, segundo o qual os termos “homem e mulher” deveriam ser reciprocamente considerados para o válido casamento civil. Reconhecendo-se vedação ou mera lacuna, nessa hipótese não caberia ao Judiciário preenchê-la, pois a noção milenar do casamento referia-se ao homem e à mulher.

Sobre esse entendimento, o relator fez remissão ao voto dos ministros do STF Ayres Britto e Marco Aurélio na ADI 4.277/ADPF 132, para indicar que a dualidade homem e mulher, expressão usada para a união estável, poderia também ser superada quanto ao casamento, uma vez que sequer há na CF a expressão “homem e mulher”.

O ministro relator ressaltou as transformações históricas do direito de família e da própria família para fins de direito, afirmando que a palavra

“casamento” era polissêmica (instituição social, instituição natural, jurídica e religiosa e, ainda, uma figura de linguagem para se referir a “família”).

Luís Felipe Salomão fez um apanhado histórico sobre o casamento, que, no passado, tinha contornos e funções sociais diferentes: antes da República era religioso, católico (“casamento civil sacramental”), de competência da Igreja, com objetivo de procriação, indissolúvel e heterossexual. Passou a ser civil com o Decreto n. 181/1890. No Código Civil de 1916 e nas Constituições de 1891 (art. 72, § 4º), 1934 (art. 144), 1937 (art. 124), 1946 (art. 163) e 1969 (art. 175), o foco da proteção estatal era o casamento em si mesmo, em detrimento dos princípios da dignidade e da igualdade (apenas posteriormente reconhecidos como os mais caros à pessoa humana).

Em 1988, segundo o Ministro Luís Felipe Salomão, foi inaugurada nova fase para o direito de família: o polimorfismo familiar. O art. 226 da Constituição permitiria múltiplos arranjos de família aptos a receber especial proteção do Estado, com ênfase na dignidade dos componentes do grupo. Houve ruptura com o conceito histórico de casamento: ele não era mais o destinatário final da proteção estatal, passando o casamento a ser um meio de proteção da dignidade da pessoa humana.

Mencionando a teoria tridimensional de Miguel Reale, Luís Felipe Salomão entendeu que, com a mudança do fato, deveria haver uma releitura do fenômeno jurídico, sob os novos valores postos, isto é, uma releitura do casamento ante as novas formas reconhecidas de casal.

Segundo o ministro relator, a previsão constitucional de que a lei deve facilitar a conversão da união estável em divórcio ensejaria o reconhecimento de que a família está mais bem protegida pelo Estado quando constituída pelo casamento. Considerando o pluralismo familiar constitucional, a família deve poder optar por um meio de se constituir, independentemente da orientação sexual, pois as famílias homoafetivas, assim como as heteroafetivas, são pautadas na dignidade de seus membros e no afeto.

Ainda de acordo com o voto condutor, 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 esse motivo. A sexualidade estaria protegida pela inviolabilidade, “um espaço tido constitucionalmente como ‘asilo inviolável’” (p. 18 do acórdão).

O ministro relator ainda destacou a Lei Maria da Penha, cuja aplicação independe de orientação sexual. A reforçar seu entendimento pelo provimento do recurso, sustentou que o livre planejamento familiar se manifestaria quando duas pessoas desejam formar família e podem escolher livremente a forma de fazê-lo.

Sob esses fundamentos, o Ministro Luís Felipe Simão 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 ao casamento homoafetivo. Assim sendo, não se poderia reconhecê-la implícita, pois isso feriria os 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 todos os direitos inerentes a essa união, deveria ser franqueada a via do casamento e da conversão da união estável em casamento.

Após apresentar a essência de seu entendimento, o ministro antecipou e refutou críticas ao ativismo judicial. Segundo ele, não se deveria esperar manifestação do Legislativo sobre eventual “aceitação social” do casamento homoafetivo, sob pena de impor limitações à liberdade individual por uma maioria moral.

Luís Felipe Simões trouxe o questionamento sobre quem seria o povo mencionado no preâmbulo e no art. 1º, parágrafo único, da Constituição. “Povo” seria conceito plurívoco e não apenas a maioria da população votante, e o Estado, para ser democrático, deveria sê-lo em sua forma e conteúdo, de modo que a democracia não poderia ser o governo da maioria. Caberia ao Judiciário o exercício do papel contramajoritário, por isso a questão deveria ser solucionada pelo Judiciário e não pelo Legislativo. Com isso, a democracia sairia fortalecida, por ser um governo de todos e não de maiorias ocasionais.

Ressaltou o ministro que não houve nenhum reconhecimento de direito a homossexuais pelo Legislativo, apontando soluções de outros países que lhe pareceram interessantes (como Portugal e o Estado de Massachusetts, nos EUA). Com isso, o ministro deu provimento ao recurso para afastar a diversidade de sexos como impeditivo para a habilitação ao casamento.

A Ministra Isabel Galloti reforçou com seu voto o entendimento do relator, afirmando que a união estável homoafetiva foi reconhecida pelo STF com caráter

vinculante, conferindo-lhe os mesmos direitos que à união heteroafetiva. Assim, por entendimento lógico do controle de constitucionalidade vinculante, deveria ser reconhecida a possibilidade de conversão de união estável em casamento e o casamento direto de casais homossexuais. A ministra destacou que o casamento é a melhor forma de o Estado proteger os indivíduos que compõem a família e a própria sociedade pela oficialização e publicização. A maior proteção conferida à família pelo casamento também foi o ponto do voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira

O Ministro Raul Araújo divergiu no sentido de não conhecer o recurso, por entender que a questão era eminentemente constitucional e deveria ser decidida pelo STF. Segundo ele, a legislação infraconstitucional sobre o tema estaria apenas regulamentando normas constitucionais e entidades expressamente reconhecidas no texto constitucional. Assim, como a interpretação dada pelo STJ ao entendimento do STF na ADPF 132 era extensiva, deveria ser de competência do STF. Reforçou que não havia entendimento vinculante sobre o casamento, pois a questão não tinha sido objeto de apreciação do STF, destacando votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes em que consignaram que naquela oportunidade estava sendo decidida apenas a união estável homoafetiva.

Em seu voto, o Ministro Raul Araújo destacou que união e estável era uma novidade, enquanto o casamento era uma instituição milenar. Seriam institutos jurídicos próprios, com regramentos jurídicos diferentes.

O Ministro Marcos Buzzi abriu questão de ordem para análise de remessa do caso à Segunda Seção, no que foi vencido¹⁶⁷. No mérito, entendeu ser a matéria infraconstitucional, nos termos do recurso, pois a Constituição, ao tratar do casamento, não proibiria nem autorizaria sua realização entre pessoas do mesmo sexo. Assim, entendeu que não era caso de restringir qualquer aplicação do Código Civil, mas de alargá-la, e que não precisaria ser declarado inconstitucional para isso, aplicando-se a técnica de interpretação extensiva. Segundo Marcos Buzzi, o reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo era a única solução possível. Reforçando o entendimento do relator, ele também refutou possível invasão de competência do Legislativo, uma vez que

¹⁶⁷ A questão de ordem foi rejeitada por maioria (votaram pelo acolhimento da preliminar Marcos Buzzi e Raul Araújo).

se tratava apenas de interpretação extensiva, e que o STF já havia decidido matéria relativa à proteção familiar de homoafetivos.

Por maioria, foi analisado o mérito, e no mérito foi dado provimento, por maioria de votos, ao recurso do casal, para que pudesse se habilitar ao casamento. Vencido no mérito Raul Araújo. Votaram com o relator os Ministros Marco Buzzi, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira¹⁶⁸.

¹⁶⁸ O julgamento ficou assim ementado: "DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ 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. Vale dizer, 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. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo 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. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado 'família', recebendo todos eles a 'especial proteção do Estado'. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição – explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF – impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a 'especial proteção do Estado', e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os 'arranjos' familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à 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. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir

5.5 Análise do acórdão do REsp 1.281.093/SP – parentalidade – adoção unilateral

Esse recurso especial foi interposto pelo Ministério Público de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que manteve sentença de primeira instância. O julgamento ocorreu em 18 de dezembro de 2012.

O pedido inicial era de adoção unilateral de criança que era filha biológica da companheira da recorrida. A criança havia sido gerada com o auxílio de técnica de reprodução assistida cujo planejamento havia sido de ambas as mulheres. A adoção era vantajosa à criança, segundo fatos consolidados no acórdão do TJSP.

O recurso do Ministério Público do Estado baseou-se no entendimento de que seria juridicamente impossível a adoção por duas pessoas do mesmo sexo, e de que esse instituto guardava perfeita simetria com a filiação biológica, de modo que haveria o pressuposto de que o adotando, assim como o filho biológico, deveria ser fruto da união de um homem e uma mulher. O fundamento do recurso era o suposto desrespeito aos arts. 6º, 42, § 2º, e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 1.626, parágrafo único, e 1.723 do Código Civil. O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso especial.

família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo '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. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. 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. 11. Recurso especial provido" (STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, REsp 1183378/RS, Recurso Especial 2010/0036663-8, j. 25.10.2011, DJe 01.02.2012, RJTJRS, v. 284, p. 59; RSTJ, v. 226, p. 602).

Nancy Andrichi, ministra relatora, votou pelo improvemento do recurso. Inicialmente, a ministra cindiu o julgamento em duas questões: a possibilidade jurídica de duas pessoas do mesmo gênero adotarem conjuntamente e, verificada essa possibilidade, a análise da conveniência da adoção para a criança. Afirmou que o julgamento da ADI 4.277/ADPF 132 ensejava efeitos jurídicos plenos às uniões homoafetivas.

Assim, no voto condutor, consignou que, 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 (recorrente) afirmava que ter duas mães em seu registro iria contra o melhor interesse da criança, pois a exporia a situação constrangedora.

Sobre esse argumento, a ministra separou a orientação sexual da parentalidade, de modo que aquela não poderia se mostrar prejudicial aos filhos. O duplo gênero na parentalidade, para Nancy Andrichi, não seria requisito para a filiação, sob pena de se reputar de segunda classe a filiação monoparental.

A ministra consignou 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, não sendo, portanto, fato que impediria a adoção por ser contra o melhor interesse da criança. Ainda, em seu voto condutor, a Ministra Nancy Andrichi destacou que o tema da adoção por casais homoafetivos era tema que estava sendo debatido em diversos países, e que o argumento pela possibilidade seria calcado em duas premissas: a integral cidadania dos homossexuais e o aumento da base daqueles que desejam adotar perante tantas crianças e adolescentes que aguardam uma família em abrigos.

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

Após seu voto, o Ministro Sidnei Beneti apresentou voto-vista no mesmo sentido do voto da relatora, destacando o julgamento da ADI 4.277/ADPF 132. Para o ministro, se aquela decisão declarou a constitucionalidade das uniões homoafetivas em caráter definitivo e a lei estabelece que pessoas que vivem em

união estável podem adotar unilateralmente os filhos de suas companheiras, seria admissível a adoção naquele caso.

Assim, a Terceira Turma do STJ, com votos da ministra relatora, Nancy Andrichi, com voto declarado convergente do Ministro Sidnei Beneti e votos com a relatora dos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva, negaram provimento ao recurso do Ministério Público de São Paulo, considerando admissível a adoção unilateral de companheira¹⁶⁹.

¹⁶⁹ O julgamento ficou assim ementado: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral – que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança –, mas que se aplica também à adoção conjunta – onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual 'a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando'. VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas '(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo'. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em *status* jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva – ou aqueles que têm disforia de gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VIII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados; e iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO” (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, REsp 1.281.093/SP, j. 18.12.2012, DJe 04.02.2013, RBDfS vol. 32 p. 136; RSTJ, v. 229, p. 349).

5.6 Análise do acórdão do REsp 1.540.814/PR – parentalidade – restrições à adoção por homossexuais

Esse recurso especial, julgado em agosto de 2015, foi interposto pelo Ministério Público do Paraná contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado que manteve sentença de primeira instância habilitando pessoa homossexual para adoção. O recurso do Ministério Público do Paraná se fundava em suposta violação dos arts. 3º, 6º, 15, 16, 18 e 45, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, requerendo que a habilitação fosse limitada à adoção de adolescentes, isto é, que o adotando tivesse mais de 12 anos, para que pudesse manifestar sua concordância quanto a ser adotado por pessoa homossexual. O Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso.

O ministro relator, Ricardo Villa Bôas Cueva, delimitou o tema do recurso em torno da obrigatoriedade de pessoas homossexuais poderem se habilitar a adotar apenas pessoas com mais de 12 anos, que poderiam se manifestar sobre a adoção. O ministro relator destacou inexistir qualquer previsão legal nesse sentido; tampouco haveria vedação legal à adoção por pessoas solteiras homoafetivas ou casais homoafetivos.

O relator entendeu que não haveria na legislação qualquer óbice para pessoas homoafetivas adotarem, seja como solteiras ou como casais. Também consignou, mencionando precedentes jurisprudenciais (REsp 1.183.378/RS, 1.281.093/SP e 889.852/RS), a mudança na compreensão social, no Brasil e no mundo, do conceito de família, que agora permitiria a ideia de pluralismo familiar.

Também apontou a mudança de paradigma social de compreensão de família, explicando 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 minorias).

Com esses fundamentos, Ricardo Villa Bôas Cueva foi seguido pelos Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino, tendo sido negado provimento, por unanimidade, ao recurso¹⁷⁰.

¹⁷⁰ O julgamento ficou assim ementado: “Recurso especial. Inscrição de homoafetivo no registro para adoção de menores. Possibilidade. Limite de idade para ser adotado. Inexistência de previsão legal. Requisitos do recurso não preenchidos. Omissão não configurada. Dispositivos legais não prequestionados. 1. Hipótese em que pessoa homoafetiva intenciona figurar no registro de pessoas interessadas em adoção de menores. 2. A tese do ministério público

estadual é de que o interessado homoafetivo somente pode se inscrever para adoção de menor que tenha no mínimo 12 (doze) anos de idade, para que possa se manifestar a Respeito da pretensa adoção. 3. Não há disposição no ordenamento jurídico pátrio que estipule a Idade de 12 (doze) anos para o menor ser adotado por pessoa homoafetiva. 4. O recurso especial que indica violação do artigo 535 do código de Processo civil, mas traz somente alegação genérica de negativa de Prestação jurisdicional, é deficiente em sua fundamentação, o que atrai o óbice da súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal. 5. O conteúdo normativo dos arts. 3º, 6º, 15, 16, 18 e 45, § 2º, do Eca não foi prequestionado pelo tribunal de origem, mesmo depois de opostos os embargos declaratórios, de modo que incide, na espécie, a Súmula n. 211/STJ. 6. Recurso especial não provido". (STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, REsp 1.540.814/PR, j. 18.08.2015, *DJe* 25.08.2015).

6. ELEMENTOS DO CONCEITO DE FAMÍLIA EXTRAÍDOS DA ANÁLISE DOS JULGADOS SELECIONADOS

Da análise apresentada no capítulo anterior, foi possível extrair algumas respostas sobre a questão-problema principal. Para além dos resultados postos nos acórdãos, foi possível identificar a extensão dos direitos assegurados e o entendimento detalhado de cada ministro.

O que se identificou, em resumo, foi que a diversidade de gêneros de casais para configuração de família está superada, por decisão vinculante do STF, assim como foram reconhecidos, por maioria de votos, os mesmos direitos da união estável entre homem e mulher à união entre pessoas do mesmo gênero. Na análise do reconhecimento da família homoafetiva, há expresso reconhecimento de que o rol constitucional de modelos familiares é exemplificativo, não havendo nenhum voto entre os analisados que afirme em sentido contrário. Trata-se de questão relevante, que pode trazer no futuro novas modalidades de família.

Nesse reconhecimento, alguns ministros, como o relator, Ministro Ayres Britto, e Marco Aurélio Mello, na ADI 4.277/ADPF 132, destacaram que o conceito de família não é estático, chegando a fazer paralelos com as mudanças paradigmáticas advindas da introdução do divórcio no ordenamento jurídico.

Os critérios utilizados nas decisões das Cortes se fundaram, essencialmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, nos direitos à igualdade e à liberdade, sem efetiva definição conceitual do que seja família. Isso significa que o reconhecimento se deu pela verificação de ser a diversidade de gêneros requisito à constituição de família, ou se esse requisito seria injustificadamente discriminatório e contrário à igualdade, mais do que pela análise propriamente do que é família. Sobre esse ponto, o Ministro Celso de Mello trouxe a ponderação de que o reconhecimento, com base em princípios constitucionais, se dava pela semelhança de ordem afetiva e material da união de pessoas do mesmo gênero com elementos da união estável

entre homem e mulher (p. 2 do voto do Ministro Celso de Mello na ADI 4.277/ADPF 132).

Essa discriminação, segundo entendimento que se extraiu da análise dos acórdãos, seria injustificada, pois houve reconhecimento pacífico e expresso de que a homossexualidade é um fato da vida. O Ministro Celso de Mello, por exemplo, na ADI 4.277/ADPF 132, falou no direito personalíssimo à orientação sexual. Assim, haveria um imperativo ao reconhecimento dessa família, sob pena de haver violação ao direito à igualdade ao impedir que, por uma característica de sua personalidade, o homossexual não pudesse constituir família.

O que se destaca nesses julgamentos é que se passa a reconhecer como injustificada a discriminação de relacionamentos entre pessoas do mesmo gênero. Entre os argumentos que os ministros enfatizaram está o reconhecimento de que a homossexualidade é “um fato da vida”, e que por isso as pessoas homossexuais não podem ser impedidas de formar uma família.

O Superior Tribunal de Justiça teve papel relevante na formação de jurisprudência relativa a casos concretos, que contribuiu para o julgamento vinculante pelo STF da ADI 4.277/ADPF 132. Quanto a este, não restam dúvidas: há um reconhecimento definitivo da família homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que haja discussão pendente quanto a esse reconhecimento ter se dado de forma vinculante apenas quanto ao meio de formação dessa família, isto é, se apenas por meio da união estável ou também do casamento, a análise do acórdão da ADI 4.277/ADPF 132 demonstra que o resultado não deixa dúvidas de que a maioria de votos reconheceu que foram assegurados de forma vinculante todos os direitos e deveres às uniões homoafetivas (bem como exigidos os mesmos requisitos para sua formação).

Esse entendimento foi seguido pelo STJ, como na decisão do REsp 1.183.378/RS, na qual se afirmou que um dos direitos inerentes à união estável é a possibilidade de sua conversão em casamento. Naquela ocasião, o STJ entendeu que o reconhecimento pelo STF na ADI 4.277/ADPF 132 teria conferido todos os direitos e deveres à união estável homoafetiva e da decisão do STF se extrairia, necessariamente, que os casais homoafetivos podem se casar via conversão de união estável.

Apesar de haver votos com entendimentos divergentes, consignando menos direitos às uniões homossexuais ou relegando a análise da extensão dos efeitos dessa união para momento posterior (via Legislativo), houve maioria quanto à equiparação dos direitos e deveres da união homoafetiva à união estável entre homem e mulher no STF.

Também, restou bem delineado nos votos que não há diferença jurídica entre os termos “entidade familiar” e “família”, sendo eles sinônimos entre si.

Pelo que se depreende da análise da ADI 4.277 e de sua interpretação pelo STJ, em especial no Recurso Especial 1.183.378/RS, não há espaço para a vedação à união estável homoafetiva pela via legislativa, tampouco para a restrição de direitos a essa entidade familiar. Contudo, como consignado pelo próprio relator Ayres Britto, há margem para que o Legislativo regulamente outras questões inerentes a uniões estáveis, mas apenas que se destinassem a sanar questões próprias dessa união, como vem sendo feito com relação à adequação das normas registrais.

O principal fundamento dos votos (mesmo nos julgamentos do STJ) é a Constituição de 1988, a amplitude de seus princípios (não discriminação e promoção do bem de todos) e direitos fundamentais (em especial igualdade e liberdade). Além dos princípios e direitos expressos, alguns ministros apontam direitos não consagrados no ordenamento positivado, em decorrência, sobretudo, de princípios constitucionais, como o direito à busca da felicidade (*vide* ADI 4.277/ADPF 132, voto do Ministro Celso de Mello).

Não há entendimento pacífico quanto ao fato de o reconhecimento da família homoafetiva representar ou não a superação do texto literal da Constituição ou não. Parte dos ministros, como Ayres Britto, defendeu se tratar de uma afirmação da igualdade entre homem e mulher, não havendo o que se chamou de silêncio eloquente. Em sentido diverso Ricardo Lewandowski, por exemplo, entendeu que se trataria de superação literal, fazendo menção aos debates da Assembleia Constituinte. O reconhecimento se deu pela inexistência de critério juridicamente apto a conferir direitos apenas a pessoas de gêneros diferentes e não a casais do mesmo gênero. Isto é, o reconhecimento da família homoafetiva se deu pela semelhança com a família heteroafetiva, superando o critério histórico de diversidade de gênero, mas sem que os ministros tenham definido o que é família. Contudo, é certo que mesmo aqueles que entenderam

haver superação literal do texto constitucional votaram pelo reconhecimento da família homoafetiva.

Como dito, mesmo nas análises feitas pelo STJ, a família se mostrou absolutamente constitucionalizada, com os ministros daquela Corte invocando matéria constitucional em seus votos. Tão importante a importância da Constituição Federal para a família que, ao julgar o recurso de duas mulheres que pediam habilitação para o casamento, o Ministro Raul Araújo não conheceu o Recurso Especial 1.183.378/RS por entender que a matéria ali discutida (habilitação para o casamento) era eminentemente constitucional. No caso, Raul Araújo destacou que o STJ poderia estar conferindo interpretação extensiva diferente da que teria dado o STF, mas foi vencido, oportunidade em que o STJ determinou a habilitação das duas mulheres ao casamento¹⁷¹.

A apreciação da família homoafetiva passou por construção jurisprudencial paulatina do STF e do STJ, tanto que há referências de diferentes julgados analisados em acórdãos posteriores.

O reconhecimento da família homoafetiva foi paulatino, inclusive com mudanças no entendimento do STJ, no qual se analisaram mais casos. No julgamento do REsp 820.475/RJ, o STJ não analisou propriamente a existência jurídica ou não da união estável homoafetiva, mas reconheceu a possibilidade jurídica de pedido de união estável de casal homoafetivo. Nesse julgamento, por exemplo, o Ministro Aldir Passarinho Junior entendeu que a dualidade de gêneros seria requisito para a formação da família, ao passo que no REsp 889.852/RJ ele não se manifestou expressamente sobre o reconhecimento da família homoafetiva¹⁷², mas seguiu o voto do ministro relator, Luís Felipe Salomão, que expressamente reconheceu a existência de família homoafetiva, ainda que o objeto da questão fosse a adoção unilateral (sendo que os dois haviam divergido no REsp 820.475/RJ).

¹⁷¹ “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, *data venia*, impropriamente, fez o eminente Relator em seu bem elaborado voto” (p. 34 do voto).

¹⁷² Apesar de alguns ministros não se manifestarem expressamente sobre o reconhecimento ou não da família homoafetiva no caso, há um reconhecimento indireto da família, uma vez que a adoção apenas se daria em função da relação entre o casal homoafetivo.

A análise do REsp 889.852/RJ, julgado em 2010, indicou que os ministros avançavam de forma cautelosa no reconhecimento de direitos inerentes à família para casais homoafetivos. Nesse caso, o fato de se tratar de adoção unilateral e não conjunta tornava a situação peculiar e facilitava a inovação na jurisprudência, tanto que os ministros enfatizaram as circunstâncias fáticas trazidas pelas outras instâncias. Já no julgamento do REsp 1.540.814/PR, que se deu em 2015, portanto após o julgamento da ADI 4.277/ADPF 132, os ministros consignaram expressamente ser ilegal qualquer restrição à habilitação para adoção pelo mero fato de os adotantes (seja adoção conjunta ou não) serem homossexuais.

A relevância dos precedentes na solução do caso também ficou evidente em outras oportunidades. No julgamento do REsp 1.183.378/RS, o entendimento vencedor, fixado no voto do relator e reiterado em outros votos, era o de que o reconhecimento do casamento era a única solução lógica e jurídica possível diante do reconhecimento vinculante na ADI 4.277 da união estável homoafetiva. Em especial com o entendimento vinculante havia uma conclusão lógica, pela extensão de todos os direitos inerentes à união estável (o casamento sendo um deles), sob pena de existirem famílias de categorias e com direitos diferentes¹⁷³.

Porém, os precedentes foram aplicados e interpretados de formas distintas, tal como no julgamento do REsp 1.183.378/RS, cujo voto condutor entendeu estar apenas aplicando de forma vinculante o entendimento da ADI 4.277, ao passo que o Ministro Raul Araújo entendeu que o STF não tinha decidido a matéria e que cabia àquela Corte Suprema apreciar a matéria.

Fica evidente que os precedentes, por mais relevantes que tenham sido na questão, foram compreendidos e aplicados em sentidos distintos, em um mesmo caso.

Em seus votos, e é importante registrar, dada a relevância da escolha da linguagem, que os ministros por vezes usam os termos “opção sexual” e “homossexualismo”, os quais são rechaçados pela comunidade LGBT e também por parte da doutrina.

¹⁷³ Paulo Henrique Garcia Hermosilla afirmou, em sua dissertação de mestrado, que, a partir do julgamento do REsp 1.183.378/RS, toda a discussão sobre a inexistência do casamento entre pessoas do mesmo gênero ficou relegada à esfera doutrinária. Para o casamento seriam necessários, a partir de então, apenas a celebração e o consentimento. Ainda, com base nesse julgamento e no da ADI 4.277/ADPF 132, ele afirmou ser desnecessária legislação superveniente sobre o tema, em função da ausência de vedação expressa à habilitação e da inconstitucionalidade de qualquer admissão de vedação implícita, especialmente diante da “orientação principiológica” do mencionado julgamento do STF (HERMOSILLA, 2014, p. 108).

Vê-se que os efeitos do julgamento da ADI 4.277/ADPF 132 foram relevantes, como no REsp 1.281.093/SP (recurso interposto antes do julgamento da ADI 4.277/ADPF 132), em que se questionava a possibilidade de adoção unilateral de filha de mulher que havia sido planejada juntamente com sua companheira¹⁷⁴.

Apesar de abordarem o tema, pela análise dos julgados foi possível concluir que os ministros pouco se ativeram ao conceito de família em si, focando mais a análise da existência ou não de motivos para eventual tratamento igualitário ou discriminatório para casais homossexuais em relação aos heterossexuais, isto é, avaliando se a diferença de gêneros seria um requisito essencial ou não à família.

Apesar de a origem histórica do casamento estar relacionada à religião, os aspectos morais e religiosos foram mencionados, via de regra, exclusivamente para serem refutados ou expressamente desconsiderados.

Uma preocupação recorrente entre os julgadores, expressa nos votos, eram eventuais críticas futuras quanto ao ativismo judicial e à invasão de competências legislativas. O caráter contramajoritário necessário para o Estado Democrático de Direito (em oposição a uma fictícia democracia com ditadura da maioria) foi reconhecido como sendo essencialmente do Judiciário, o que legitimaria as decisões adotadas – e esse fato foi destacado no REsp 1.183.378/RS, por exemplo¹⁷⁵.

Além dessa preocupação, os ministros parecem ter tido especial cautela com a repercussão dos julgados, fazendo ressalvas e dando respostas antecipadas a críticas ao julgamento, bem como clamando pela superação de

¹⁷⁴ Atualmente, vigora o Provimento n. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do registro de filhos havidos por técnicas de reprodução assistida. Em tal provimento, há expressa referência ao reconhecimento de filhos de casais homoafetivos.

¹⁷⁵ Sobre o tema, o Ministro Antônio Carlos Ferreira destacou, no voto do REsp 1.183.378/RS, que em seu entendimento a questão deveria vir solucionada pelo Legislativo: “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).

preconceitos infundados¹⁷⁶. A fim de afastar possíveis questionamentos, os ministros buscaram fundamentar seus votos com base em precedentes das Cortes, mesmo que relativas a questões distintas (lançando mão do julgamento da sucessão do companheiro e da ADPF 132 para reforçar que não haveria hierarquia entre as famílias).

Os julgados selecionados tiveram seus julgamentos finalizados no período compreendido entre os anos de 2008 e 2015. Nesse período, a temática da família LGBT estava presente não apenas no Brasil como em boa parte do Ocidente; diferentes soluções estrangeiras para a questão foram trazidas pelos ministros, como nos REsps 1.183.378/RS.

Além da superação do critério historicamente consagrado de dualidade de gêneros, foi introduzido em diversos votos o conceito de afeto (com especial destaque para os julgamentos do REsp 889.852 e da ADPF 132/ADI 4.277). Esse termo foi fartamente empregado, sem que tenha havido uma definição dele. Não há como extrair dos votos o que os ministros entendem por afeto. Em especial no julgamento analisado do STF, os ministros citaram diversas vezes esse tema, principalmente associado à ideia de relação contínua, duradoura e com assistência mútua.

O termo “afeto”, porém, não foi objeto de devida análise pelos ministros. Sendo um critério novo, sem expressa definição legal, seria necessário, para que não se tornasse um argumento vazio, que os ministros definissem o que entenderiam por afeto, contudo essa explicação não foi devidamente apresentada. Não apenas isso: até mesmo os termos “afeto” e “afetividade” foram usados sem distinção específica entre si. Essa omissão de conteúdo traz uma preocupação, em especial neste momento de sensível mudança do conceito jurídico de família, quando os requisitos para sua formação estão sob disputa política e o conceito de afeto ganhou força no direito de família.

¹⁷⁶ A título de exemplo destaca-se trecho do voto do Ministro João Otávio de Noronha no REsp 889.852/RS: “Terceiro, precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal aos meninos” (p. 27 do acórdão).

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 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).

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 consubstanciado 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/radicais/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.dominiopublico.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: LAGRATA 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.

HOBBS, 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.

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

HOBBSAWM, 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/condicaoodevida/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. *Uniões homoafetivas: 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. *Uniões 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: Virgilio 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.

<p>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).</p>
<p>10. Observações: O ministro acompanhou o voto do min. Antônio de Pádua Ribeiro para conhecer o recurso e anular o processo até a sentença.</p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: –</p>

<p>MINISTRO LUÍS FELIPE SALOMÃO</p>
<p>1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não enfrentou a questão.</p>
<p>2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.</p>
<p>3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Não analisou esse ponto.</p>
<p>4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não analisou esse ponto.</p>
<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não informado.</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? 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)? Admite a possibilidade de reconhecer a família, com argumentos de que o não haveria propriamente proibição.</p>
<p>8. Legislação mencionada no voto sobre família: Art. 1º da Lei 9.278/96; 1.723 e 1.724 do Código Civil.</p>
<p>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).</p>
<p>10. Observações: Apresentou doutrina e jurisprudência, analisando ausência de restrição legal expressa, para fundamentar seu entendimento.</p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: REsp 238.715/RS; ADI 3.300/MC/DF.</p>

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 ateu 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>

<p>MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR</p>
<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: “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). “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). “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). “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).
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)

“Afinal, 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 insimular 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 emparceiramente 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 indistintamente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo – data vênua 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

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>O ministro usa os termos afeto e afetividade, mas não os define.</p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central:</p> <p>-</p>

<p>MINISTRO LUIZ FUX</p>
<p>1. O ministro reconheceu a família homoafetiva?</p> <p>Sim.</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>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.</p> <p>Destaca que inexistente hierarquia entre os modelos familiares.</p>
<p>3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva?</p> <p>Os mesmos à família heteroafetiva.</p>
<p>4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa?</p> <p>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.</p>
<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa?</p> <p>Não mencionou.</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>Seguiu entendimento vencedor 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>Entende que a questão não está proibida pelo texto constitucional, há silêncio normativo quanto à família homoafetiva.</p>
<p>8. Legislação mencionada no voto sobre família:</p> <p>CF.</p>
<p>9. Trechos relevantes:</p> <p>“a homossexualidade é um fato da vida” (p. 8 do voto).</p> <p>“(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).</p> <p>“Como já se sabia em Roma, <i>ubi societas, ibi jus</i> (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</p>

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 contínuas e duradouras de afeto e assistência recíproca, 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: –
<p>9. Trechos relevantes:</p> <p>“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).</p> <p>“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).</p> <p>“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:</p> <p>‘O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI:</p> <p>– Finalmente a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (<i>sic</i>), § 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 <i>gays</i> 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’.</p> <p>O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:</p> <p>– Isso é coação moral irresistível.</p> <p>O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):</p> <p>– Concedo a palavra ao relator.</p> <p>O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES:</p> <p>– A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.</p> <p>O SR. RELATOR (BERNARDO CABRAL):</p> <p>– Sr. Presidente, estou de acordo.</p> <p>O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):</p> <p>– Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão.</p> <p>(Pausa).</p> <p>Aprovada</p> <p>(Palmas).</p> <p>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).</p> <p>“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).</p> <p>“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).</p>

“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. Esse 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.

<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? 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)? Entende que o reconhecimento não está no art. 226, § 3º, da CF.</p>
<p>8. Legislação mencionada no voto sobre família: –</p>
<p>9. Trechos relevantes: “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. 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). “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>
<p>10. Observações: 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. 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>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: –</p>

<p>MINISTRO GILMAR MENDES</p>
<p>1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não usa expressamente esse termo, reconhece uniões que merecem amparo.</p>
<p>2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não definiu.</p>
<p>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.</p>
<p>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.</p>
<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não esclareceu.</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?

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. Convergindo 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: “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). “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). “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). “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). “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

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 Estados 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 vênica – 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 TJSO 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 compartilha 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: “Assim, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional” (p. 9). “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). “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) “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). “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). “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). “Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado. É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de

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.

<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não informado.</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? 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>8. Legislação mencionada no voto sobre família: CF 226, CC 1.723.</p>
<p>9. Trechos relevantes: “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). “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). “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>
<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.</p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: ADI 4.277.</p>

<p>MINISTRO RAUL ARAÚJO</p>
<p>1. O ministro reconheceu a família homoafetiva? Não tratou do tema.</p>
<p>2. O ministro definiu o que é família? Em caso de resposta afirmativa, quais critérios o ministro utilizou para definir família? Não.</p>
<p>3. Quais os direitos e deveres assegurados à família homoafetiva? Não conheceu o recurso e não reconheceu nenhum direito específico.</p>
<p>4. O ministro restringiu ou ampliou algum direito à família homoafetiva? Qual a justificativa? Não se aplica.</p>
<p>5. O ministro mudou posicionamento anterior? Em caso de resposta afirmativa, qual a justificativa? Não se aplica.</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? Não. O ministro divergiu para não conhecer o recurso por entender se tratar de matéria constitucional ainda não apreciada pelo STF.</p>

<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: “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 reinterpretado 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). “Único argumento de cunho jurídico a obstar o reconhecimento da validade jurídica de tal união!” (p. 45). “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).
10. Observações: 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. 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. 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. 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.
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: “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). “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). “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). “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). “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). “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

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? 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? 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? 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)? Não abordado.</p>
<p>8. Legislação mencionada no voto sobre família: –</p>
<p>9. Trechos relevantes: “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: 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. Registrou possível questões registrais, mas que não impediriam o resultado da admissibilidade da adoção.</p>
<p>11. Precedentes do STJ, STF, TSE, especificamente sobre a matéria central: 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: “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). “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). “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).
10. Observações: O ministro entendeu que não há na legislação qualquer óbice para que pessoas homoafetivas adotarem, seja como solteiras ou como casais. 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).
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.