

FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS: A DIVERSIDADE FAMILIAR NA SOCIEDADE E SEUS ASPECTOS

HOMOAFFECTIVE FAMILIES: FAMILY DIVERSITY IN THE SOCIETY AND ITS ASPECTS

Laís Mary Dal Molin Folador¹
Isadora Maria Rodrigues Pereira²
Adriana Jacobsen Mello³

Resumo: O estudo das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o casamento homoafetivo é objetivo deste artigo. Complementarmente discutem-se as composições familiares e as argumentações dos julgadores sobre as famílias homoafetivas com base nos princípios que garantem os direitos fundamentais destes grupos. Para contemplar o objetivo proposto foram selecionadas decisões do STJ a partir de palavras-chave como 'família' e 'homoafetiva' e analisados os argumentos de recusa das conversões das uniões estáveis e habilitações para casamentos por casais homoafetivos. Conclui-se que os julgadores de primeira e segunda instâncias persistem na recusa sob argumento de inexistência de lei específica que fundamente o casamento entre pessoas de mesmo sexo, enfatizando que o casamento é permitido apenas a homens e mulheres. Contrariamente, o STJ fundamenta a permissão em princípios como a igualdade, a afetividade, a solidariedade e a dignidade, argumentos já explicitados na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF.

Palavras-chave: Família. Homoafetividade. Casamento. Princípios.

Abstract: The study of the decisions of the Superior Court of Justice (STJ) on homoaffective marriage is purpose of this article. In addition discusses the family composition and the arguments of the judges on the homoaffective families based on the principles that guarantee fundamental rights of these groups. To address the proposed objective decisions were selected from the STJ from keywords such as 'family' and 'homosexual' and analyzed the refusal arguments conversions of stable unions and qualifications for weddings for homosexual couples. It follows that the first and second instance judges persist in the refusal in case of no specific law justifying the marriage between people of the same sex, emphasizing that marriage is allowed only to men and women. In contrast, the Supreme Court based permission on principles such as equality, affection, solidarity and dignity, arguments already explained in the accusation of breach of fundamental precept (ADPF) No 132 / RJ and the direct action of unconstitutionality (ADI) No. 4277 / DF.

Keywords: Family. Homoaffective. Marriage. Principles.

¹ Graduanda no 8º período do Curso de Bacharelado em Direito, na Faculdade Secal. E-mail: laismfolador@hotmail.com

² Graduanda no 8º período do Curso de Bacharelado em Direito, na Faculdade Secal. E-mail: Isadora.pereira@hotmail.com

³ Professora orientadora. Doutora em História pela Universidade Federal do Paraná e docente titular da disciplina de Monografia Jurídica na Faculdade Secal. E-mail: adriana.mello@professorsecal.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A família é uma instituição social observável nos variados agrupamentos humanos e em tempos e espaços apresenta composições diferenciadas. Este núcleo se forma por arranjos compatíveis com outras variáveis culturais como a etnia, a economia, a idade, as formas simbólicas de matrimônio, os rituais de passagem, a religião.

Contemporaneamente a família apresenta configurações múltiplas com reconhecimento social e jurídico. A atual multiplicidade das composições tem relação com processos de concretização de direitos humanos fundamentais, como a liberdade sexual, de escolha, a dignidade humana, a felicidade. No rol das configurações familiares, a família homoafetiva é instituída justamente pelas mudanças comportamentais e jurídicas possibilitadas pela ampliação dos movimentos políticos feministas e *queer*, caracterizados por ações coletivas que visam à equidade das relações de gênero, consideradas as relativizações dos aspectos biológicos e anatômicos dos sexos. Sendo assim, o estudo das decisões jurídicas torna-se relevante na discussão das formas legais de composição das famílias homoafetivas.

O sistema jurídico, mais precisamente os integrantes deste sistema, não são peças neutras nas decisões que tratam das formas de composição legal das famílias homoafetivas. A conversão da união estável para o casamento ou a efetivação do casamento entre pessoas do mesmo sexo é o tema que orienta neste trabalho a análise dos conflitos existentes no campo jurídico entre a efetivação de direitos fundamentais, decisões dos juízes de primeira instância e a intervenção de tribunais superiores como garantidor das conquistas sociais dos casais homoafetivos e suas vontades civis.

A linha central da reflexão ampara-se no questionamento sobre os argumentos que recusam a conversão da união estável ou a efetivação do casamento entre homoafetivos pelos juízes de primeira instância e os argumentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para atingir o objetivo são analisadas quatro decisões localizadas no STJ. Desse modo, o estudo contribui para atribuir visibilidade aos conflitos jurídicos e sociais, demonstrando que conquistas de direitos fundamentais se interligam com relações de poderes institucionalizados e posicionamentos socioculturais.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A FAMÍLIA

No Brasil, os arranjos familiares, a partir do período colonial se organizaram predominantemente com elementos patriarcais, conforme defende Gilberto Freire⁴. A família patriarcal colonial possuía como alicerce a indissolubilidade do casamento, consagrada no matrimônio celebrado exclusivamente entre homem e mulher. Na organização da família patriarcal os papéis sexuais eram definidos e localizados, cabendo ao homem o poder indiscutível de decisão e as tarefas de proteger e prover a mulher e os filhos além dos demais dependentes. À mulher competia a organização da casa e a educação dos filhos.

Com a hegemonia do modelo patriarcal conviviam outras formas familiares, como atestam historiadores da família no Brasil. Samara⁵ demonstra que havia a

⁴ FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. 50. ed. São Paulo: Global Editora. 2005.

⁵ SAMARA, Eni de Mesquita. A família Brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1983. SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira?(Da colônia à atualidade). Psicol. USP, v.13, n.2, São Paulo, 27-48, 2002.

coexistência de famílias monoparentais, concubinatos, mulheres que moravam sozinhas e trabalhavam como domésticas, marmiteiras, costureiras, na cidade de São Paulo do século XVIII.

A modernidade instituiu a família nuclear burguesa, formada por pai, mãe e filhos, característica dos centros urbanos, no interior da qual predominavam algumas características patriarcais, como o poder paterno sobre a mulher e os filhos assim como o dever do sustento da família. Intensificou-se o papel feminino da maternidade, da educação e formação moral dos filhos e da organização do espaço doméstico.

Em termos legais, o Código Civil de 1916 refletia as articulações sociais com o predomínio das características patriarcais. Nas relações familiares o Código intensificava a centralidade do marido, pois ao homem cabiam os mais amplos direitos de representar a família, administrar os bens comuns e particulares da esposa, fixar domicílio da família e exercer o pátrio poder sobre os filhos; enquanto a mulher desempenhava papel secundário⁶.

A composição familiar brasileira desde o Código Civil de 1916 passou por múltiplas alterações acompanhando mudanças sociais mais amplas, como a propagação do uso da pílula anticoncepcional, o desquite, o divórcio, a ampliação do mercado de trabalho feminino, o feminismo e a liberdade sexual. No entanto, entre as mudanças que aconteceram nos últimos anos em torno da família e do casamento permanece a crença de que famílias devem ser formadas por um homem e uma mulher. É o predomínio de um sistema de ordem a ser seguido e entendido como algo dado e natural, pois amparado nos valores patriarcais e heteroreprodutivos orientadores das concepções de que na família a relação socialmente aceita é aquela que produz filhos. Para isso pressupõe que sexualmente as pessoas que constituem essa família sejam heterossexuais. Nesse sentido, a possibilidade de constituição de uma família homoafetiva é possível, mas passível de restrições uma vez que não seria “natural” esta composição em termos reprodutivos.

As características patriarcais da sociedade brasileira contribuem para as práticas heteronormativas que impõe como naturalizado o modelo familiar heterossexual e reprodutivo⁷. Essas práticas encontram-se disseminadas em várias instituições, inclusive no campo do judiciário, e se efetivam através de violências simbólicas e físicas dirigidas principalmente a quem rompe as normas de gênero.

No entanto, as mudanças na configuração familiar se efetivam. Maria Coleta⁸ demonstra que além das mudanças, significativamente positivas, há também aspectos que devem ser levados em conta, como a geração de novos conflitos, provindos da complexidade de cada instituto familiar:

As mudanças nos papéis sociais de homens e mulheres, com o compartilhamento do chamado pátrio poder entre pais e mães, a expansão do divórcio e as novas formas de união conjugal e de arranjos familiares – várias delas reconhecidas no Brasil pela Constituição de 1988 – produziram

⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). JusNavigandi, Teresina, a. 11, n. 1225, 8 nov. 2006.

⁷ MISKOLCI, Richard. Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

⁸ OLIVEIRA, Maria Coleta. Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008, p. 35.

a necessidade de ressignificar a família e seus conflitos, levando em conta seus aspectos mais complexos.

Diante da complexidade ascendente, estudos são exigidos para a análise dos novos arranjos familiares em busca de significados singulares e contextualizados que revelem nuances nas composições. Os novos arranjos familiares demonstram inúmeras variações, sendo as principais as homoafetivas, as monoparentais, as anaparentais e as pluriparentais. As novas intitulações familiares são regidas por princípios da afetividade, da igualdade e da solidariedade, diluindo as relações sanguíneas, biológicas e reprodutivas identificadoras do sistema heteroreprodutivo. Destaca-se, nesse primeiro momento, o princípio da solidariedade, fundamental para o bom desenvolvimento dos outros dois. Gerado a partir do vínculo de afetividade e conteúdo ético, como Maria Berenice Dias⁹, expõe:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.

Com a explanação sobre o significado do princípio da solidariedade é possível compreender, no âmbito jurídico, a formação das famílias homoafetivas, que ainda enfrentam restrição e não aceitação. Juridicamente, a criação da família homoafetiva está amparada na orientação implícita ao princípio da Dignidade Humana, que é o direito a buscar a felicidade. Significa dizer e defender, que, se dois seres humanos, sejam dois homens ou duas mulheres, com filhos ou não, encontram a felicidade na composição familiar homoafetiva, esta família é uma formação legal e constitucional.

Neste sentido, os tribunais superiores do Brasil tem se manifestado quando acionados para a resolução de litígios que envolvem a vontade de casais homoafetivos em regulamentar as uniões de convivência familiar.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: POSICIONAMENTOS NORMATIVOS

Em relação às composições familiares homoafetivas e pondo orientação legal, no ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), representado pelo relato do Ministro Ayres Britto, julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277/DF, reconhecendo a “inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo”.

Os processos, julgados juntos por tratarem de temas iguais, reivindicavam a proibição da discriminação em razão do sexo nas composições familiares e o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. No próprio corpo da ementa é descrito que tal decisão seria um ‘salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito da liberdade sexual.’

O ponto chave da discussão é o art. 1.723, do Código Civil (CC) de 2002, que normatiza como entidade familiar a união estável entre ‘homem’ e mulher’. Nesse sentido, o objetivo do STF era conceder uma ‘interpretação conforme à

⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

Constituição', isto é, uma interpretação não reducionista do referido artigo, ampliando a abrangência da união estável aos casais homoafetivos.

Entre os argumentos expostos na Ementa, destacou-se, primeiramente, a existência de amparo constitucional para a concessão da interpretação mais extensiva ao art. 1.723 do CC. Ayres Britto citou o princípio da dignidade humana, o direito à busca pela felicidade e o objetivo constante de 'promover o bem de todos', todos citados no artigo 3º da Constituição Federal (CF), como elementos jurídicos suficientes para a interpretação das relações homoafetivas.

Cabe ressaltar a questão hermenêutica kelseniana, adotada pelo sistema jurídico brasileiro, que orienta em se havendo silêncio da norma sobre a proibição de algo, implicitamente, está legalmente permitido. Ou seja, da mesma forma que não há norma específica para a realização de união estável e/ou casamento civil de pessoas de mesmo sexo, também não há impedimento algum expresso.

Também, válido comentar sobre a relação tricotômica da entidade familiar, abordada na Ementa. Britto expõe a relação estabelecida entre "pessoas adultas, a sociedade civil e o Estado" formam a família, não havendo distinção entre a orientação sexual das 'pessoas adultas', pois essa questão trata-se de cunho intimista ligado à autonomia da vontade e à vida privada das pessoas.

Dessa forma, com argumentos principiológicos e constitucionais, o STF concedeu a ampliação interpretativa para o artigo nº 1.723 do CC, que normatiza as uniões estáveis e, de modo indireto, as composições familiares e suas formas legais de instituição, tornando-o plurissignificativo. Autorizava-se a união estável entre casais homoafetivos, sem preconceito de sexo e com salvas à pluralidade familiar constituída em laços de afetividade e solidariedade.

Inspirado pelas decisões do STF e orientado pelos princípios constitucionais, no ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promulgou a Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, cujo texto orienta que cartórios do país não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva. Com o objetivo de uniformizar as posturas, pois alguns estados brasileiros aceitavam o casamento civil entre pessoas do sexo e outros não, o CNJ orienta que havendo o descumprimento da Resolução pelos cartórios, o casal poderá levar o caso ao juiz competente para que ele determine o cumprimento da medida. Além disso, poderá ser aberto processo administrativo contra a autoridade que se negar a celebrar ou converter a união estável homoafetiva em casamento.

A Resolução CNJ nº 175 efetivou-se como um marco efetivo da convalidação da dignidade da pessoa humana, tendo claro que esse princípio sustenta tantos outros implícitos e explícitos, como o princípio da igualdade e da isonomia, entre outros.

As orientações normativas do STF e do CNJ orientam e regulamentam composições familiares existentes na sociedade e fazem prevalecer direitos fundamentais às posturas heteronormativas e patriarcais. Preconceitos de gênero não podem e não devem se sobrepôr ao afeto e à solidariedade, ao respeito à diversidade e ao Outro. Como resultado da ampliação interpretativa do art. 1.723 do CC e da Resolução 175, no prazo de um ano, o número de casamentos homoafetivos revelou-se expressivo. É o que demonstra a notícia publicada no *site*¹⁰ do CNJ, em 13 de julho de 2016:

¹⁰ ANDRADE, Paula. IBGE contabiliza mais de 8.500 casamentos homoafetivos desde regra do CNJ. Acesso em 15 de setembro de 2016. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82813-ibge-contabiliza-mais-de-8-500-casamentos-homoafetivos-desde-regra-do-cnj>

Dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) apontam que, desde a vigência da Resolução até o final de 2014, 8.555 casamentos entre cônjuges do mesmo sexo já foram registrados em cartórios em todo o país. Os dados de 2015 ainda estão sendo compilados do IBGE e devem ser divulgados em novembro deste ano.

É possível inferir que a ampliação das interpretações dos dispositivos legais, a criação de regulamentações sobre as novas composições familiares, as possibilidades punitivas para as recusas à concretização das diferentes configurações familiares são variáveis legais e jurídicas que asseguram princípios e direitos fundamentais às vontades e liberdades de escolha dos casais homoafetivos.

No entanto, a garantia estatal dos direitos fundamentais para os casais homoafetivos em alguns casos revela-se frágil e requer posicionamentos das instancias jurídicas superiores. Esta postura demonstra que existiram ganhos constitucionais na efetivação dos direitos fundamentais, mas a igualdade de gênero requer ainda olhares vigilantes e visibilidade sobre as resistências inferidas pelo preconceito, pela heteronormatividade e pela herança patriarcal.

A JURISPRUDÊNCIA E OS POSICIONAMENTOS DO STJ

Para a discussão sobre casamento homoafetivo e o posicionamento do judiciário à luz das decisões do STF e das orientações do CNJ, foi realizada uma busca no *site* do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo como orientação as palavras-chave: FAMILIAS e HOMOAFETIVAS. Da busca resultaram 12 (doze) decisões monocráticas e 2 (dois) acórdãos. Das 14 (catorze) decisões, 6 (seis) tratam de pensão por morte; 4 (quatro) versam sobre direitos matrimoniais e 2 (duas) abordam direito sucessório, como a partilha de bens. Abaixo estão detalhadas as decisões:

PROCESSO	RELATOR	DATA	ASSUNTO
REsp 1516484	Ministro Marco Buzzi	13/04/2016	Conversão em casamento
AREsp 408276	Ministro Marco Buzzi	03/09/2015	Conversão em casamento
AgRg no REsp 1475582	Ministro Moura Ribeiro	24/04/2015	Habilitação para casamento
REsp 1428849	Ministro Moura Ribeiro	27/03/2015	Habilitação para casamento
REsp 1026354	Ministra Assusete Magalhães	11/02/2014	Pensão por morte
REsp 387197	Ministra Assusete Magalhães	04/06/2013	Pensão por morte
REsp 1163396	Ministro Marco Aurélio Bellizze	16/05/2013	Pensão por morte
REsp 611897	Ministra Assusete Magalhães	05/04/2013	Pensão por morte
REsp 1195862	Ministro Massami Uyeda	16/11/2012	Sucessão
REsp 1252407	Ministro Massami Uyeda	09/10/2012	Reconhecimento e dissolução c.c partilha
REsp 1088682	Ministra Maria Thereza De Assis Moura	08/08/2012	Pensão por morte

REsp 1130694	Ministro Sebastião Reis Júnior	27/06/2012	Pensão por morte
--------------	-----------------------------------	------------	------------------

Quadro 1 – Detalhamento das Decisões do STJ sobre Família Homoafetiva.
Org.: A autora, 2016.

Para atender ao proposto neste estudo e para a realização de uma análise mais qualitativa do que quantitativa serão averiguadas as 4 (quatro) decisões que tratam dos direitos matrimoniais e as argumentações normativas e principiológicas aplicadas pelos julgadores.

As conversões das uniões estáveis homoafetivas em casamento

A primeira decisão, datada em 13 de abril de 2016, extraída do processo Resp nº 1516484, teve como relator o Ministro Marco Buzzi. Trata-se de duas mulheres que viviam em união estável, há mais de nove anos, com o cumprimento dos requisitos da convivência pública, do intuito de formação familiar e laços de afetividade. Requerem a conversão da união estável já consumada em casamento civil.

A segunda decisão, datada em 03 de setembro de 2015, extraída do processo AResp nº 408276, teve também como relator o Ministro Marco Buzzi. Similarmente ao caso anterior, trata-se de duas mulheres conviventes em união estável, há mais de cinco anos, cumprindo os requisitos de convivência pública, com intuito de formação familiar e laços de afetividade. Requerem a conversão da união estável já consumada em casamento civil.

Nos dois casos relatados sobre a conversão da união estável homoafetiva em casamento, em primeira e segunda instâncias, os julgadores negam a concessão da conversão sob o argumento de inexistir norma elaborada que permita o casamento entre pessoas de mesmo sexo. No relatório da decisão monocrática REsp 1516484, o juiz de primeiro grau fundamenta o indeferimento da conversão pelos seguintes argumentos:

5. No entanto, o art. 226 §3º da CF dispõe sobre a conversão da união estável em casamento, entre homem e mulher.
6. A própria Lei Maior juntamente com o Código Civil têm os mesmos requisitos: homem e mulher, e não pessoas do mesmo sexo.
7. Ainda não foi elaborada norma que permita o casamento entre conviventes do mesmo sexo.

O julgador defende a impossibilidade jurídica do pedido, por não haver previsão legal e desconsidera preceitos constitucionais básicos, inclusive já expostos e defendidos pelo STF. Maria Berenice Dias¹¹ comenta sobre a existência de julgamentos baseados na impossibilidade jurídica do pedido:

Há quem sustente que o casamento homoafetivo ensejaria o julgamento sob a ótica da impossibilidade jurídica do pedido, merecendo extinção sem resolução do mérito. Vale destacar que o Código de Processo Civil adota a teoria de Liebman, que sustenta que para se interpor uma ação necessário se faz de, no mínimo, três condições, quais sejam: legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. Destarte pedido impossível é aquele vedado expressamente em lei.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247.

Faz-se necessária a observação de que a afirmação feita por Dias é do ano de 2009, emitida após a publicação do acórdão REsp 820475/RJ, de 2 de setembro de 2008, na qual já havia sido consolidado o entendimento de não existir impossibilidade jurídica do pedido. Trata-se na análise aqui feita de uma decisão datada de 2016.

Na decisão monocrática AREsp 408276, os argumentos registrados na decisão da primeira instância reconhecem a existência de precedentes plausíveis para a conversão citando inclusive a ADPF 132 e ADI 4277. Porém, uma vez mais a ausência de base legal para assegurar direitos de casais homoafetivos encontra efetividade:

Os arts. 226, §3º e 5º da CRFB/88 e o art. 1514 do Código Civil prevêem que o casamento se realize entre homem e mulher não sendo possível a ampliação da norma jurídica para contemplar o pedido das autoras. Malgrado se reconheça a evolução jurisprudencial capitaneada pela decisão do Eg. STF no julgamento da ADPF – ARGUIÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 e ADI-AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 4277/DF reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares e garantindo-se a elas os mesmos efeitos das uniões estáveis heterossexuais. No entanto, tal precedente, não conferiu à união homoafetiva a possibilidade de conversão em casamento civil, ainda que sem estender-lhes os mesmos efeitos jurídicos. Em tais circunstâncias, o casamento entre pessoas do mesmo sexo necessita de prévia autorização constitucional e previsão legal.

As decisões de primeira e segunda instâncias utilizam a prerrogativa de inexistência de base legal para a conversão de união estável homoafetiva em casamento, com ênfase no sexo das pessoas envolvidas. Apesar de possuírem amparo nas decisões do STF e na resolução do CNJ, os juízes demonstram desrespeito por princípios constitucionais que garantem a dignidade e a liberdade do ser humano, insistindo na prática de posturas heteronormativas e heteroreprodutivistas.

Ao se manifestar, nos pedidos sobre a conversão em casamento, o Ministro do STJ, contrariamente às alegações de ausência normativa alerta que os “óbices” levantados pelo julgador de primeira instância como as expressões “homem” e “mulher” já foram devidamente afastados da interpretação do Código Civil de 2002:

Inicialmente, ressalta-se que os óbices relativos às expressões “homem e mulher” utilizadas pelo Código Civil de 2002, no artigo 1.723, 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”.

Em sintonia, chama atenção sobre a função originária do Estado com a entidade familiar que, antes de denominar obrigações e direitos, tem o dever da manutenção da segurança e da proteção jurídica.

Coube, também, ao Ministro reafirmar a função da ADI 132/RJ e ADPF 4277/DF ao conceder interpretação conforme a CF ao sentido da “entidade familiar”, dando neste caso direitos iguais de uma união heteroafetiva às uniões homoafetivas. Proceda de forma coesa ao argumentar, na Ementa, sobre as multifacetárias formas

existentes da entidade familiar, devendo todas serem resguardadas pelo Estado, independentemente do colóquio formal escrito e normatizado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF Nº 132/RJ e da ADI nº 4277/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.

Ao citar a ADI e a ADPF, o Ministro relaciona seu julgamento com o nexo causal de efeito com os princípios da isonomia, da igualdade e da dignidade humana.

De certa forma, não haveria necessidade da busca pelejada ao ‘duplo grau de jurisdição’ se as próprias pessoas que formam o judiciário inibissem a parcialidade da tomada de decisões, e optassem pela devida jurisdição, o ato imparcial de dizer o direito, tal qual ele é, adaptável e moldado as transformações sociais.

As habilitações para o casamento homoafetivo

A terceira decisão, datada de 24 de abril de 2015, extraída do processo AgRg no REsp 1475582, tendo por relator o Ministro Moura Ribeiro, trata da situação fática de um casal de mulheres que por já terem uma união estável de coabitação duradoura e vínculo afetivo, procuraram a respectiva vara da família solicitando a habilitação para a realização do casamento civil. Em primeiro momento a primeira instância indeferiu o pedido negando-lhe provimento, tendo apresentado recurso, porém não fundamentando os argumentos de forma inequívoca teve o recurso primeiramente desprovido, necessitando assim da apresentação de um Agravo Regimental em Recurso Especial. A argumentação expressa na decisão da segunda instância demonstra a oposição do julgador ao decidido pelo STF, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Diz o julgador que “o julgado do STF ao conceder direitos das pessoas do mesmo sexo a formação de entidade familiar, era meramente honorífica, não assegurando direitos exclusivos.”

A quarta e última decisão, de mesmo relator, Ministro Moura Ribeiro, com data de julgamento de 27 de março de 2015, do processo REsp 1428849, trata também sobre a habilitação do casamento, negado e desprovido em primeira e segunda instância. As partes argumentam no desenrolar processual o fato de que o “estado brasileiro deve garantir que se converta a união estável em casamento para atender os princípios da dignidade humana e da igualdade”.

De forma reiterada, os argumentos de primeira e segunda instância prolatados nos relatórios das decisões, nos casos das habilitações, reafirmam a ausência normativa, insistindo que “a Constituição e o Código Civil não detém norma expressa que regularize as formalidades de um casamento civil para pessoas homossexuais”. Tudo indica que estes julgadores encontram uma barreira que, frise-se inexistente, entre a união estável e o casamento civil, denotando serem similares, apenas para efeitos jurídicos em relações heteroafetivas:

Assim fez o Colendo STF ao reconhecer o direito das pessoas do mesmo sexo à formação de entidade familiar, equiparando a união estável homoafetiva à heterossexual. Tal julgado, entretanto não tem força de influenciar a interpretação das normas atinentes ao casamento heterossexual, cuja função, hoje, é meramente honorífica, significando que a sociedade aprova e estimula essa forma de concurso, mas não assegura

aos casados qualquer direito exclusivo. A dos não casados qualquer direito à formação de família, não viola direito de personalidade ou à dignidade da pessoa humana, não justificando a atuação do Poder Judiciário na seara legislativa. O casamento sexualmente neutro depende de aprovação pelo Parlamento. (AgRg no REsp 1475582).

De forma sintética se acredita que os julgados que concederam direitos e possibilidades, segurança jurídica, aos casais homoafetivos não passam de uma simples menção de respeito às pessoas que “fogem” de um padrão tradicional.

Novamente, em relatório, a segunda instância enfatiza a impossibilidade legal na conversão da união estável em casamento para pessoas do mesmo sexo:

Malgrado se reconheça a evolução jurisprudência capitaneada pela decisão do Eg. STF no julgamento da ADI nº 4277/DF, reconhecendo as uniões homoafetivas como entidades familiares e garantindo-se à elas os mesmo efeitos das uniões estáveis heterossexuais. No entanto, tal precedente, não conferiu à união homoafetiva a possibilidade de conversão em casamento civil, ainda que sem estender-lhes os mesmos efeitos jurídicos.

Caio Mário¹², defende que as mudanças sociais devem ser acompanhadas tanto pela sociedade quanto pelo judiciário:

É óbvio que a noção conceitual do casamento não pode ser imutável. As idéias que convinhavam ao povo hebreu do Velho testamento, que satisfaziam o grego, que agradavam aos romanos, que vigiam na idade Média, e mesmo as que predominavam no Século XX – já não atendem às exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação do social, do político e do econômico. E sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se às condições ambientes e contemporâneas.

Nas decisões do STJ, em relação aos dois casos de habilitação para o casamento, o Ministro expõe a ampliação interpretativa dos artigos 1.723 do CC e 226 §3º do CF trazida pela ADI e ADPF, mas também apresenta questões singulares sobre os princípios que asseguram os direitos dos casais homoafetivos:

Princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do livre planejamento familiar, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, foram levados em consideração nos julgados do STJ e do STF para reconhecer a união contínua, pública e duradoura de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e, portanto, também merecedoras da proteção do Estado.

O dever do Estado em proteger as entidades familiares, situação já cravada na Constituição, independentemente da intitulação que esta ou aquela família tem, foi também reafirmada, corroborando a multiplicidade de arranjos familiares:

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

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 79.

heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

A negativa de direitos aos casais homoafetivos afronta claramente os princípios constitucionais, como bem elenca, o Ministro. Ora, já está consolidada jurisprudência que orienta a composição familiar homoafetiva, com base em princípios básicos para a felicidade e bem viver dos seres humanos. No entanto, mesmo com todo esse entendimento, as pessoas necessitam recorrer à terceira instância para garantir seus direitos. Neste sentido, o Ministro critica:

Nesse compasso, tendo em conta que a pretensão das recorrentes é a de que elas possam concluir o processo de habilitação para o casamento, não há mais uma pretensão resistida na origem, porque certamente não obterão resposta negativa na esfera cartorária, ou, pelo menos não deveriam. Continuo entendendo que não há interesse processual, bastando aos recorrentes tentar nova habilitação no cartório local.

Diante da análise das 4 (quatro) decisões apresentadas é possível sintetizar que persiste no âmbito da primeira e da segunda instância posicionamentos jurídicos baseados na ausência de norma legal que negam direitos fundamentais aos casais homoafetivos no que diz respeito ao casamento. A argumentação sobre a ausência de base legal deixa implícita a defesa de casamentos heterossexuais e corroboram com os padrões heteronormativos e heteroreprodutivo. Os tribunais superiores, por sua vez, encontram-se alicerçados em argumentos principiológicos e se sobrepõem decisões amparadas na dignidade humana e nos direitos fundamentais que defendem a liberdade e a igualdade de gênero.

PRINCÍPIOS DA ENTIDADE FAMILIAR

Após a análise das decisões localizadas no STJ, cabe a apresentação dos contemporâneos princípios que resguardam os direitos familiares, sem considerar distinção entre as composições familiares. Assim, no direito de família existem duas vertentes principiológicas: a geral e a especial. No campo dos princípios gerais constam a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a vedação ao retrocesso. Na vertente dos princípios especiais está a afetividade, a solidariedade, a função social da família, a plena proteção à criança e ao adolescente, a convivência familiar, a intervenção mínima do Estado e a proteção ao idoso¹³.

Os princípios gerais orientam as composições familiares, estimulando a liberdade de arranjos sem considerar as diferenças entre os sexos ou outras variáveis culturais.

O princípio da dignidade humana é o que rege todos os outros princípios e consolidou-se com a CF de 1988, em essência uma Constituição democrática, cidadã, garantidora de direitos.

[...] a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias — estatais ou particulares — na realização dessa finalidade. É

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. vol. 6 : direito de família : as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

correto afirmar-se, aliás, que o princípio da dignidade da pessoa humana tem uma dimensão objetiva ou metaindividual.¹⁴

Datavénia, possa se constatar que, esse principal princípio é transcendente a Constituição, é esta que constitui julgamentos de certo ou errado, justo ou injusto. Ou seja, a dignidade humana, assegura que não haja dois pesos e duas medidas entre minorias e maiorias populares.

A igualdade, segundo princípio geral, assim como a dignidade humana, representa a base dos direitos. Sem este princípio as normas estariam desprovidas de proporcionalidade no emprego de direitos e deveres.

O princípio da igualdade é responsável pela equiparação de diversos direitos expurgados pelo patriarcado. Caio Mário¹⁵ remete à lembrança das antigas legislações que faziam diferenciação entre filhos 'legítimos' e aqueles havidos fora do casamento e às desigualdades entre direitos e deveres de homens e mulheres no espaço da conjugalidade:

Sob essa égide, é possível afirmar que o princípio da equiparação dos filhos é uma das nuances do princípio da igualdade no âmbito do Direito de Família ao reconhecer a Constituição Federal a igualdade entre o homem e a mulher (art. 5º, caput, CRFB), e a equiparação de direitos e deveres nas relações conjugais (§ 5º do art. 226, CRFB).

Com a existência deste princípio acabou a distinção desproporcional entre os filhos e as relações jurídicas entre os cônjuges. A partir deste momento, a mulher teve mais autonomia no relacionamento, tendo sido o pátrio poder dividido de forma igualitária entre os responsáveis, não dando espaços para apêndices de excesso de "poder doméstico". Neste sentido, Roberto Gonçalves¹⁶ afirma:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

As desigualdades jurídica e legalmente existentes no espaço privado da entidade familiar foram dando lugar para normas e princípios pautados no respeito mútuo e na divisão de funções e obrigações.

O princípio da vedação ao retrocesso nada mais é do que a segurança jurídica aplicada, ou seja, aquilo que é dado como direito não pode retroceder. Então não há a possibilidade de uma "barganha" com o direito, com o que lhe é devido, não há flexibilização de uma garantia após esta ser dada. Maria Berenice Dias¹⁷, complementa:

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil. vol. 6 : direito de família : as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 63.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 64.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. 6 : direito de família. — 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 27.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.48.

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação - passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização.

Deste modo, o Estado não tem como se eximir de algo dado como certo. É dever do Estado, cuidar e realizar da manutenção dos direitos que são empregados ao direito da Família por seu constante dever, frise-se Constitucional, de tutelar aqueles que estão sob sua soberania.

Em relação aos princípios especiais que regem a composição familiar, a afetividade se apresenta como forma de humanização dos laços da família, trazendo a linha tênue da estabilidade entre os vínculos formados na esfera privada da entidade familiar. O princípio da afetividade está fortemente ligado com o direito da 'busca a felicidade'. Maria Berenice Dias¹⁸ argumenta que deste modo o Estado transforma-se em um auxiliador no cumprimento e almejo de desejos concretos e subjetivos, inerentes à satisfação do indivíduo.

Não basta a ausência de interferências estatais. O estado precisa criar instrumentos (políticas públicas) que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.

O Estado por ser o detentor da soberania e da tutela de cada indivíduo também tem a necessidade de auxiliar a busca dos desejos destes. Por óbvio que este auxílio deve se mostrar coeso e proporcional com a legalidade e com a possibilidade daquilo que se quer. Por ser extremamente subjetivo, pode parecer que o princípio da afetividade não esteja ao alcance do Estado ou que lese o princípio da interferência mínima do Estado, porém a afetividade e a busca pela felicidade estão extremamente ligadas com a Dignidade Humana.

A solidariedade, já abordada no início do presente artigo, estabelece uma norma interna na esfera da entidade familiar. Este princípio tem uma conotação tanto ética quanto moral ao desenvolver meios de segurança e cuidado entre as pessoas. Maria Berenice Dias¹⁹ frisa que a lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao prever que o casamento estabelece plena comunhão de vidas (CC 1.511).

Coube ao legislador, tamanha preocupação com a sociedade ao ponto de estabelecer, questões de cunho subjetivo, como estes descritos, para assegurar a permanência da paz e do equilíbrio entre conviventes de um casamento, e, pertencentes a uma família. Deste modo, não há o que se negar de que, muito antes da preocupação entre os sexos que compõem essas entidades, a CF e suas leis preocuparam-se com o bem-estar daqueles que, delegaram ao Estado o poder de tutelar os seus direitos, deveres, e, até mesmo, vontades.

Nas decisões analisadas sobre o casamento homoafetivo, os princípios que regem as composições familiares são evocados exclusivamente nos tribunais superiores. Os julgadores de primeira e segunda instância limitam-se aos argumentos legais ou à falta destes, focando as linhas argumentativas nas questões

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.52.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

biológicas e contribuindo para o reforço das limitações sociais impostas simbolicamente aos grupos considerados diferentes e não-naturais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito demonstrar que, por inúmeras vezes ao existir diferenças sociais, o Estado tem que se manifestar de alguma forma para prevenir e assegurar os direitos dos cidadãos. Mais do que isto, existem interpretações divergentes no espaço do próprio sistema judiciário e para garantir direitos fundamentais é preciso recorrer aos tribunais superiores, onerando-os com ações que poderiam ser resguardadas nas instâncias anteriores.

Nos casos específicos dos casamentos homoafetivos e das ações estudadas, verifica-se que os princípios basilares para as garantias de direitos fundamentais na composição das famílias são evocados exclusivamente na esfera dos tribunais superiores, que necessitam agir para a efetivação de direitos já consolidados na jurisprudência.

Observa-se que os arranjos familiares contemporâneos são múltiplos e diversos em comparação com os modelos familiares patriarcais e nucleares, pois atualmente verificam-se a convivência familiar multiparental, por afetividade, homoafetiva, socioparental entre outras. No entanto, a aceitação da diversidade não é homogênea nem hegemônica, coexistindo com posicionamentos conservadores, patriarcais e heteronormativos. O que cabe chamar atenção é para a visibilidade de posicionamentos jurídicos nos quais predominam o preconceito e a manutenção das desigualdades com base no sexo.

Os princípios que regulamentam as relações familiares devem ser aplicados e defendidos para que o estado cumpra com o dever de proteger a entidade familiar e de garantir a aplicabilidade dos direitos fundamentais aos cidadãos, independente de suas escolhas, pois livre para ser feliz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). **JusNavigandi**, Teresina, a. 11, n. 1225, 8 nov. 2006.
- ANDRADE, Paula. **IBGE** contabiliza mais de 8.500 casamentos homoafetivos desde regra do CNJ. Acesso em 15 de setembro de 2016. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82813-ibge-contabiliza-mais-de-8-500-casamentos-homoafetivos-desde-regra-do-cnj>
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. 50. ed. São Paulo: Global Editora. 2005.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. vol. 6 : direito de família : as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 6 : direito de família. — 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
- MISKOLCI, Richard. Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

OLIVEIRA, Maria Coleta. **Mediação familiar transdisciplinar**: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família Brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

SAMARA, Eni de Mesquita. O que mudou na família brasileira?(Da colônia à atualidade). **Psicol. USP**, v.13, n.2, São Paulo, 27-48, 2002.