

LÍVIA GONÇALVES BUZOLIN



DIREITO



HOMOAFETIVO

**Criação e Discussão
nos Poderes Judiciário e Legislativo**

Prefácio por
Cláudio Gonçalves Couto

Com posfácio sobre o
julgamento da criminalização
da homofobia e da
transfobia.

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

...a propósito da família, a doutrina brasileira entende que a família é formada por aqueles que vivem em comum sob o mesmo teto, independentemente de serem casados ou não, desde que tenham um vínculo afetivo e econômico entre si.

4.3. Síntese do Capítulo 1

O objetivo deste Capítulo foi ressaltar que a família homoafetiva foi juridicamente decodificada pelo Poder Judiciário e não pelo Legislativo. Por essa razão, não cabe ao Poder Judiciário a criação de eventos que levariam à concessão de status jurídico à família formada a partir do pur de pessoa do mesmo sexo mediante pronunciamentos judiciais concedidos no ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF pelo STF, no julgamento do Recurso Especial 1.143.378 pelo STJ e na edição da Resolução 175 do CNJ. Por um movimento gradual e equacionado em primeiro lugar o STF equibrança as uniões estáveis heterossexuais a heterossexuais em direitos depois o STF declara que não há impedimento para o casamento entre pessoas do mesmo sexo; por fim, o CNJ adota Resolução proibindo o serviço de registro civil de casar e celebrar uniões estáveis e casamentos.

A apresentação das movimentações do Poder Legislativo – usadas aqui na descrição dos discursos parlamentares realizados nos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Projeto de Lei do Senado 612/2011 (“Casamento Homossexual”) e do Projeto de Lei da Câmara 6.583/2013 (“Estato da Família”) – teve o intuito de delinear a atuação do Poder Legislativo em promover mudanças de natureza constitucional e de direito civil e de família.

Capítulo

2

Quando Judiciário e Legislativo competem pela competência: os conceitos de família em construção

Nas movimentações realizadas com a finalidade de conferir status jurídico à família homoafetiva, o Poder Judiciário mobilizou dois tipos de conceitos de família também presentes na doutrina brasileira de direito civil e direito de família, que no presente livro denominamos de conceito amplo e conceito restrito. Neste segundo capítulo, apresento a discussão desses conceitos na doutrina brasileira e a maneira como os Ministros do STF se utilizaram deles no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, explorando a divergência interna entre os três Ministros que optaram pelo conceito restrito coexistente ao amplo e os seis Ministros que entendem ser extraível somente um tipo de conceito da CF de 1988. A partir dessas explicações, abordo a utilização de tais conceitos também por parlamentares do Congresso Nacional e a atualização da doutrina brasileira após o reconhecimento da família homoafetiva.

2.1. Os conceitos de família na doutrina brasileira

A partir do século XIX, a família nuclear formada pelos pais e seus filhos começou a se organizar com o surgimento de uma nova ideia de

casamento, que deixou de ser um assunto do clã familiar utilizado como forma de influência social e patrimonial, passando a se tornar, aos poucos, interesse restrito aos parceiros¹. Assim, o conceito de família vigente na doutrina brasileira desde o final do século XIX até meados do século XX era o grupo formado a partir da união de um homem e uma mulher com a finalidade de procriação, sendo que os filhos dessa união passariam a integrar a entidade familiar com papéis predeterminados².

Antes mesmo da promulgação do Código Civil de 1916, Clóvis Bevilacqua (1938) já definia família a partir da “associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito” (BEVILLAGUA, 1938, p. 20)³.

1. “Entre o século XVII e o final do século XIX, desenvolveu-se um novo conceito de propriedade privada. A família deixou de ser o *locus* da produção e do consumo, para se tornar principalmente o *locus* do consumo, ao mesmo tempo em que “família” e “empresa” passaram a estar formalmente separadas. O poder da família extensa entrou em decadência e a família conjugal tornou-se mais importante; o casamento transformou-se, de questão predominantemente de propriedade, em relacionamento reconhecido como “de amor”, cujos esteios econômicos já não eram explicitados. Ao mesmo tempo, houve uma mudança da forte autoridade do patriarca sobre os filhos e as filhas adultos para uma maior independência destes, e dos casamentos arranjados para os casamentos livremente escolhidos pelos noivos. Essas transformações tiveram lugar no Brasil a partir do século XVIII e continuaram durante todo o século XIX de maneira gradual e complexa, de tal modo que tanto as características antigas quanto as novas muitas vezes coexistiam num dado momento, por vezes dentro da mesma família” (NAZZARI, 2001, p. 22-23).

2. Segundo Arnoldo Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca (2009), esse conceito tem sua origem a partir de influências das famílias romana, canônica e germânica, sendo que as influências do direito canônico permaneceram mais presentes nessa construção doutrinária, dado que a indissolubilidade do casamento perdurou em nosso ordenamento até a década de 1970. A necessidade de preservar o exclusivismo sexual por meio do matrimônio indissolúvel é uma maneira de controle social atrelada a influências greco-romana e do Cristianismo, conforme explica San Tiago Dantas (1991).

3. A primeira edição da obra de Clóvis Bevilacqua, *Direito da família*, é de 1896.

Na década de 1940, Pontes de Miranda (1947) discorria sobre a coexistência de diversos conceitos de família na modernidade, entendendo ainda vigente o conceito de família do século XIX pensado a partir do clã familiar, ou seja, o conjunto das pessoas que descendem de um tronco ancestral comum. Também outros grupos de pessoas eram classificados como família, tais como “conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados” (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 52).

Nessa mesma época, San Tiago Dantas (1991) lecionava sobre a família ser constituída a partir da união sexual entre o homem e a mulher, “de modo que o grupo sexual primitivo e os filhos que dele resultam constituem a família na sua estrutura mais simples, naquilo que ela tem de mais fundamental”⁴ (DANTAS, 1991, p. 4). Segundo o autor, a partir dessa estrutura, os membros familiares passavam a desempenhar as funções política, religiosa e econômica, que, com o passar do tempo, deixaram de ser suficientes para atingir o objetivo do grupo social que é dar continuidade à entidade familiar. Assim, é a função biológica da família que permite sua preservação, sendo processada por meio do casamento, ou seja, por um processo cultural que visa assegurar o exclusivismo sexual e a monogamia.

Dentro da sociedade moderna, ocidental, o matrimônio monogâmico é a base geral sobre que se assenta a família. Para isso pode-se admitir que tenha contribuído decisivamente o Cristianismo, mas a verdade é que a antiguidade, a antiguidade greco-romana, preparou solidamente as bases da sociedade para a prática milenar da família monogâmica que se conhece. Cada vez mais se busca, dentro da evolução social a que se assiste, o equilíbrio do homem e da mulher no par andrógino e, embora socialmente falando, ainda se encontre certo predomínio do homem em numerosos

4. O livro *Direitos de família e das sucessões* é fruto de anotações das aulas ministradas por San Tiago Dantas na década de 1940, que foram originalmente editadas e publicadas em 1991.

aspectos da atividade social da família, pode-se dizer que a evolução se faz no sentido de assegurar-se o equilíbrio entre os demais membros do par (DANTAS, 1991, p. 13).

Orlando Gomes (1987), comentando o conceito de família previsto no Código Civil de 1916, explica que família “é o grupo constituído pelos cônjuges e pela prole. A família disciplinada na lei civil é a família conjugal, – aquela sociedade natural a que se referiram alguns legisladores” (GOMES, 1987, p. 21).

Mesmo com a promulgação da CF de 1988 e o advento do Código Civil de 2002, esse conceito de família ainda é reproduzido em obras civilistas e de direito de família originalmente escritas no final do século XX e atualizadas durante o século XXI. Ao discorrer sobre os tipos de família previstos na CF de 1988, Washington de Barros Monteiro (2001) entende que se enquadram na designação constitucional “qualquer dos pais e seus descendentes, reconhecendo-se assim efeitos jurídicos à união livre entre homem e mulher e ao grupo familiar em que vive apenas um dos genitores e seus descendentes, filhos ou netos” (MONTEIRO, 2001, p. 4).

Segundo Arnaldo Rizzardo, a família do CC de 2002 é “o conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados” (RIZZARDO, 2006, p. 12). Maria Helena Diniz (2017) descreve família como “o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole” (DINIZ, 2017, p. 24). Também para Silvio de Salvo Venosa (2014) “em conceito restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar” (VENOSA, 2014, p. 2)⁵.

5. Ao abordar especificamente a família homoafetiva, fica mais clara a conceitualização do autor: “no atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade homoafetiva não pode ganhar *status* de proteção como entidade familiar. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher. [...] Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo

Carlos Roberto Gonçalves (2012) entende que a família é uma instituição “resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecerem uma comunidade de vidas e, por via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e o seu patrimônio” (GONÇALVES, 2012, p. 18)⁶. Nessa mesma linha doutrinária se situa Álvaro Villaça Azevedo (2011), para quem a obrigatoriedade de que o casamento “se realize entre homem e mulher, de acordo com rigorosas exigências, não pode prescindir de tal circunstância, indispensável à sua própria existência” (AZEVEDO, 2011, p. 429). Ainda podemos incluir a definição de Regina Beatriz Tavares da Silva (2014) nessa corrente doutrinária, já que para a autora a família “assegura a sobrevivência da espécie humana e, na nossa espécie, constituímos pares reprodutivos naturais desde que formados por um homem e uma mulher” (SILVA, 2014, p. 25).

Portanto, os autores mencionados se filiam a uma corrente doutrinária para a qual o conceito de família se define pela sua finalidade de procriação e manutenção dos filhos a partir da união de um casal formado por um homem e uma mulher, de modo que os elementos centrais desse conceito são a heteroafetividade e a monogamia (ou exclusivismo sexual). Em paralelo, houve a construção de outra corrente na doutrina, fortificada no final da década de 1990 e início dos anos 2000, que define família como um grupo de pessoas unido pelo afeto e como lugar de realização pessoal dos seus membros.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2012) a compreensão da família por meio do discurso sobre o afeto teve início com a invenção da Psicanálise, que ressignificou o papel do homem e da mulher na relação conjugal, encarando-os como sujeitos de desejo, de modo que, com a inclusão da mulher no mercado de trabalho e a possibilidade de divórcio, a sustentabilidade do laço conjugal somente poderia estar no amor, afeto e companheirismo, ou seja, “a família deixou de ser essencialmente

sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos à sociedade de fato” (VENOSA, 2014, p. 464-465).

6. O autor entende também que “a diversidade de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem consideradas inexistentes as uniões homossexuais” (GONÇALVES, 2012, p. 142).

um núcleo econômico de reprodução” (PEREIRA, 2012, p. 26). O autor assim descreve a maneira como esse novo conceito foi sendo incorporado pela doutrina brasileira:

No Brasil, o primeiro autor a traduzir e introduzir esse novo valor jurídico foi João Baptista Villela. Na década de 70, do século XX, seu texto “A desbiologização da paternidade” lançou as bases para a compreensão da paternidade socioafetiva. [...] Após a Constituição da República de 1988 surgem os modernos doutrinadores, que vão alargar a trilha aberta por Villela. O primeiro deles foi Luiz Edson Fachin, que além de dar passos adiante na concepção da paternidade desbiologizada, deu grande contribuição à evolução do pensamento jurídico para a família. Nesta mesma trilha e de igual importância, também ajudaram a constituir e consolidar o afeto como um valor jurídico Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Berenice Dias, Sérgio Resende de Barros, entre outros. Mas foi Paulo Luiz Netto Lôbo quem deu ao afeto *status* de princípio jurídico, ao utilizar essa expressão pela primeira vez em seu texto sobre filiação, em outubro de 1999, em conferência durante o II Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDIFAM (PEREIRA, 2012, p. 31-32)⁷.

Os autores mencionados não só deram início a essa nova construção doutrinária como também fortaleceram o novo conceito de família ao longo dos anos. Maria Berenice Dias (1997) reconhece a preocupação da CF de 1988 em conferir *status* jurídico a relações de afeto fora do casamento, sinalizando que “o afeto, por mais que não se queira ver, não tem como pressuposto a diversidade de sexos” (DIAS, 1997, p. 57). O modelo de família “pai, mãe e filho” foi herdado da cultura romana,

7. Em obra mais recente, Rodrigo da Cunha Pereira (2017) qualifica o afeto fundador da entidade familiar como “um afeto especial, não somente um sentimento, mas uma ação, uma conduta. Afeto significa afeição por alguém, dedicado. Pode ser entre companheiros, cônjuges ou entre pais e filhos” (PEREIRA, 2017, p. 143).

com a finalidade de justificar o domínio de terras pelos patriarcas antigos, tornando a sociedade um agrupamento de famílias, de modo que Sérgio Resende de Barros (2002) explica que o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto. Contudo, segundo o autor, esse modelo vem sendo paulatinamente superado por uma evolução conceitual que passa a encarar os cônjuges como “pessoas conjugando suas vidas intimamente, por um afeto que as enlaça especialmente, quanto aos fins e aos meios de vivência, convivência e sobrevivência” (BARROS, 2002, p. 8).

Para Luiz Edson Fachin (2003) assim como os direitos sociais permitiram uma proteção mínima ao sujeito-cidadão, o valor jurídico do afeto possibilitou a transformação da família de espaço de poder para o “terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar” (FACHIN, 2003, p. 6). Apresentando uma visão mais constitucionalista do conceito de família, Daniel Sarmento (2008) explica que foi objeto de proteção constitucional “um novo paradigma para a família, assentado no afeto e na igualdade” (SARMENTO, 2008, p. 641).

A superação da antiga visão da família baseada no casamento, sexo e reprodução fez com que a realização pessoal da afetividade passasse a ser vista como a função básica da família contemporânea ou pós-moderna, de maneira que, para Paulo Luiz Netto Lôbo (2011) as antigas funções da família desempenham papel secundário e “até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua” (LÔBO, 2011, p. 20).

O novo conceito de família fundado no afeto e problematizado por essa corrente doutrinária também foi incorporado por outros doutrinadores do ramo do direito civil e do direito de família. É o caso, por exemplo, de Caio Mário da Silva Pereira (2017), para quem o “afeto constitui a diferença específica que define a entidade familiar” (PEREIRA, 2017, p. 35). Também Rolf Madaleno (2015) reconhece que a família com base no casamento, patriarcal, hierarquizada, vista como unidade de produção e de reprodução “cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental” (MADALENO, 2015, p. 36).

Portanto, é possível concluir que existem duas correntes doutrinárias coexistentes no direito brasileiro e que divergem sobre o conceito de família. A primeira corrente entende que a família é formada por um homem, uma mulher e seus filhos, tendo por finalidade a procriação e perpetuação da entidade familiar e é representada, no século XXI, por autores como Washington de Barros Monteiro (2001), Arnaldo Rizzardo (2006), Alvaro Villaza Azevedo (2011), Carlos Roberto Gonçalves (2012), Regina Beatriz Tavares da Silva (2014), Sílvia de Salvo Venosa (2014) e Maria Helena Diniz (2017). Para futura referência neste livro, denominaremos o conceito de família dessa corrente doutrinária de “restrito”, em razão da prescrição de critérios bem definidos para sua formação, por exemplo, a heteroafetividade e a monogamia.

A segunda corrente doutrinária encara o afeto como elo entre os membros de uma entidade familiar, que existe enquanto espaço de realização pessoal dos familiares e não elenca tantos critérios distintivos para a identificação de uma família quando comparado com o conceito restrito. São filiados a essa corrente autores como Maria Berenice Dias (1997), Sérgio Resende de Barros (2002), Luiz Edson Fachin (2003), Daniel Sarmiento (2008), Paulo Luiz Netto Lôbo (2011), Rodrigo da Cunha Pereira (2012), Rolf Madaleno (2015) e Caio Mário da Silva Pereira (2017). O conceito de família dessa segunda corrente doutrinária será referido como conceito “amplo”.

2.2. A doutrina do conceito amplo citada pelo STF

Como a doutrina é uma das fontes do direito, alguns membros do Poder Judiciário utilizaram os conceitos de família presentes na literatura doutrinária com a finalidade de sustentar a construção jurisprudencial realizada no julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ pelo STF⁸, sendo que durante esse julgamento houve o privilégio pela adoção do novo conceito de família construído pela doutrina, ou seja, o conceito amplo.

8. A tabela com a doutrina mencionada pelos Ministros do STF acerca do conceito de família nas esferas de direito de civil e constitucional se encontra nos Anexos.

A primazia por esse conceito de família não foi sem propósito. O que, em síntese, se discutiu naquele julgamento foi a possibilidade ou não de o artigo 1.723 do Código Civil⁹ enquadrar também a união estável homoafetiva – dado que o dispositivo expressamente prevê o conceito de entidade familiar, mais especificamente da união estável, como formada a partir da união entre o homem e a mulher, ou seja, reproduz o conceito restrito também presente no corpo doutrinário analisado. A solução encontrada por parte dos Ministros do STF¹⁰ foi emplacar o conceito amplo, que já vinha sendo atrelado por parte da doutrina à possibilidade jurídica da família formada por pessoas do mesmo sexo.

Nesse contexto, dentre os autores mencionados no item anterior, podemos concluir que três deles foram principais na fundamentação realizada pelos Ministros do STF que argumentaram a possibilidade jurídica de equiparação da união homoafetiva à união estável com fundamento no conceito amplo que tem o afeto como elemento principal, a saber, Luiz Edson Fachin (2003), Maria Berenice Dias (1997) e Daniel Sarmiento (2008).

A obra de Luiz Edson Fachin (2003) foi citada, por exemplo, pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Ambos os Ministros apresentaram a visão de cidadania que Luiz Edson Fachin (2003) entende prevista na CF de 1988 como influenciadora de uma mudança de paradigma no direito civil que enfatiza o lugar da pessoa e seu direito de personalidade, de existência e que, conseqüentemente, possibilita a conferência desse *status* de cidadania aos membros da entidade familiar.

Os Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio também se valeram da doutrina de Maria Berenice Dias (1997) com o propósito mais particular de introduzir o conceito de família amplo em contraponto ao conceito restrito. O entendimento de Maria Berenice Dias (1997) foi

9. “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.”

10. A referência a “parte dos Ministros do STF” se justifica porque os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso “convergiaram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas”.

utilizado como argumento da superação do conceito restrito à heteroafetividade pelo conceito amplo no direito de família a partir de aportes constitucionais advindos da promulgação da CF de 1988.

Por fim, a visão constitucionalista de Daniel Sarmento (2008) sobre o conceito de família e a possibilidade jurídica de enquadramento das uniões de pessoas do mesmo sexo nessa concepção foi citada pelos Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Segundo o autor, dado que a união de pessoas do mesmo sexo se baseia no afeto, amor e reciprocidade, necessário que o Estado dê a mesma proteção jurídica que a conferida às outras entidades familiares que também estão fundamentadas no afeto.

Os Ministros Ayres Britto, Luiz Fux e Cármen Lúcia também se filiaram à doutrina do conceito amplo em seus respectivos votos, ainda que não tenham feito referência a qualquer obra específica sobre o tema. O Ministro Relator Ayres Britto, por exemplo, entende que a família é o “espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada” (p. 22)¹¹. Para o Ministro Luiz Fux o que caracteriza a família “é, sobretudo, o amor – não a mera afecção entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo” (p. 64). A possibilidade de escolha por quem se nutre o afeto é o ponto fulcral do debate segundo a Ministra Cármen Lúcia, pois “a afecção nutrida por alguém é o que pode haver de mais humano e de mais íntimo de cada um” (p. 94).

Também é significativa a adoção do termo “homoafetivo” pela maioria dos Ministros do STF, uma vez que essa expressão se tornou popular a partir da doutrina de Maria Berenice Dias (2010), em um esforço da autora de diferenciar o exercício da sexualidade dos vínculos afetivos aptos a constituir família, razão pela qual é “melhor é falar em relações homoafetivas ou heteroafetivas do que em relações homossexuais ou heterossexuais” (DIAS, 2010, p. 137).

11. As citações diretas do acórdão proferido pelo STF estão acompanhadas do respectivo número da página do documento disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633]. Acesso em: 15.01.2019.

Portanto, os Ministros Ayres Britto (Relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa convergiram ao aplicar o conceito amplo de família como um conceito que pode ser compreendido da própria CF de 1988, de modo que o enquadramento da união de pessoas do mesmo sexo nesse conceito não só permite conceder *status* jurídico à união estável homoafetiva como é a interpretação em conformidade à Constituição que deve ser conferida ao questionado art. 1.723 do CC.

Apesar de seis dos nove Ministros que participaram do julgamento terem externado esse entendimento, uma minoria dentro do STF foi divergente, o que será abordado no próximo item.

2.3. Divergência no Supremo Tribunal Federal: a votação foi mesmo unânime?

A divergência “lateral” dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso foi registrada na ementa do acórdão proferido no julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ. A análise dos votos desses Ministros permite concluir que houve um consenso acerca da impossibilidade de enquadramento da união estável homoafetiva nos tipos de família previstos na CF de 1988, quais sejam, família formada a partir do casamento e união estável de um homem e uma mulher, bem como família monoparental.

Logo, no entendimento dos Ministros divergentes, o conceito de família previsto na CF de 1988 é o conceito restrito, ou seja, que a família é formada por um homem, uma mulher e seus filhos, fundada na heteroafetividade e na monogamia. Ainda que nenhuma doutrina tenha sido utilizada para fundamentar esse argumento – não obstante a existência de autores que poderiam ter sido citados – restou claro nos votos que os Ministros entenderam que a família homoafetiva é um tipo de família diferente daqueles expressamente previstos no rol do art. 226 da CF de 1988.

Para o Ministro Cezar Peluso a união estável formada por um homem e uma mulher não é “absolutamente idêntica” (p. 268) àquela formada por duas pessoas do mesmo sexo, contudo, o Ministro não aponta qual seria a diferença entre os dois institutos normativos. O voto do

Ministro Gilmar Mendes padece de uma vagueza similar, já que o Ministro frisa que essa nova modalidade de entidade familiar está sujeita à regulação pelo Poder Legislativo, mas não indica quais as características distintivas da nova entidade.

Nesse contexto, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski é o que oferece mais indícios sobre qual seria a diferença entre casais heteroaletivos e homoaletivos e seu enquadramento familiar. Para o Ministro, uma nova convivência familiar com base no afeto (conceito amplo) teria surgido “ao lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins de procriação” (p. 110) – conceito restrito – de modo que, como o rol das famílias previstas na CF de 1988 não é taxativo, a união homoaletiva se enquadraria nessa nova modalidade de convivência familiar.

Dessa forma, é possível inferir que os Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes convergiram acerca da impossibilidade de enquadramento da união homoaletiva no conceito restrito de família previsto no art. 226 da CF de 1988, mas que seu reconhecimento jurídico é válido quando considerado o conceito amplo como uma nova entidade familiar depreendida a partir dos princípios constitucionais. Apesar de ter sido registrada como uma “divergência lateral” (p. 5)¹² do entendimento dos outros seis Ministros, essa não é uma diferença trivial, pois, no limite, os Ministros do STF divergem sobre qual o conceito de família que efetivamente pode ser depreendido da interpretação constitucional, ou seja, a divergência é sobre o cerne da questão.

De um lado, há seis Ministros que entenderam superado o conceito restrito e que o conceito amplo é o único que pode ser extraído da CF de 1988, o que autorizaria a equiparação da união homoaletiva à união estável prevista constitucionalmente. E, de outro lado, temos três Ministros que entenderam que a CF de 1988 apresentou tipos de entidades familiares com fundamento no conceito restrito, de modo que o

conceito amplo é novo, depreendido dos princípios constitucionais e somente nele é que a união homoaletiva pode ser enquadrada.

Essa divergência dos Ministros do STF sobre o aspecto crucial do debate pode ser considerada como um dos sintomas do funcionamento das Cortes no Brasil apontado por José Rodrigo Rodriguez (2013). De acordo com o autor, não há em nosso direito um modelo de argumentação sistemática empregado pelos juizes, que aparentemente se valem mais de sua autoridade e da dos tribunais no processo decisório, “mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores” (RODRIGUEZ, 2013, p. 15). Nesse contexto, é possível encontrar diversos modelos de argumentação em determinado acórdão proferido pelo STF mesmo quando a votação é unânime a favor de determinada solução.

É precisamente essa variedade argumentativa que encontramos na divergência entre os Ministros do STF no julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ e não apenas pelo fato de os Ministros não terem chegado a um consenso sobre qual seria o conceito de família extraível do texto constitucional, mas também pela forma como os Ministros argumentaram por determinado conceito que foi defendido individualmente.

Os Ministros que entenderam que o conceito restrito é o previsto na CF de 1988 não se deram ao trabalho de explicar de onde veio esse conceito ou a razão pela qual entenderam ser esse o que pode ser depreendido da CF de 1988, tampouco é possível encontrar uma sólida construção argumentativa sobre qual seria a diferença entre a família formada por casais homoaletivos daquela formada por casais heteroaletivos. A meu ver, também padece de problemas argumentativos os votos dos Ministros que adotaram o conceito amplo como se fosse o mais natural a ser feito – algo que não poderia ser naturalizado, dado se tratar de uma construção recente da doutrina e ainda não consolidada no ordenamento brasileiro.

Portanto, nos parece que o diagnóstico de José Rodrigo Rodriguez (2013) se aplica à construção argumentativa realizada pelos Ministros do STF no julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, qual seja, que “os juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos e têm a tendência de naturalizar seus conceitos ao refletir sobre o

12. A expressão “divergência lateral” foi empregada pelos próprios Ministros do

STF e reproduzida no presente trabalho. Entendo que qualificar a divergência como lateral teve como propósito minimizar o ponto de discordância entre os Ministros para ressaltar a unanimidade em relação ao resultado final do julgamento.

direito em abstrato” (RODRIGUEZ, 2013, p. 14). Essa falta de robustez argumentativa enfraquece o resultado final – ainda que esse, sim, seja unânime – perante a sociedade e determinados órgãos que terão que lidar com os efeitos práticos dessa decisão. Por um lado, houve a necessidade de outros órgãos do sistema de justiça aprimorar os efeitos dessa decisão, como foi o caso do STJ e do CNJ, e, de outro lado, o Poder Legislativo não consegue ser conforme a esse resultado ou tampouco reformá-lo.

2.4. Os conceitos de família utilizados pelo Poder Legislativo

O Poder Legislativo tem lógica e funcionamento distintos do Poder Judiciário, o que faz com que as fontes do Direito empregadas pelos membros do Poder Judiciário no seu processo decisório não sejam necessariamente vinculantes para o órgão que elabora as leis. Logo, não encontrei qualquer referência à doutrina nos pareceres apresentados nas Comissões que discutiram o PLS 612/2011 (“Casamento Homoafetivo”) e do PLC 6.583/2013 (“Estatuto da Família”).

Nos pareceres favoráveis à aprovação do PLS 612/2011 tanto na CDH como na CCJ não houve a apresentação de um conceito de família específico, pois a preocupação dos parlamentares relatores foi no sentido de ser deferentes à decisão proferida pelo STF na ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, de modo que é possível concluir que foi adotado – ainda que implicitamente – o conceito amplo de família por ser o da maioria dos Ministros do STF.

Porém, os parlamentares que apresentaram relatórios favoráveis ao PLC 6.583/2013 souberam discernir com clareza a questão conceitual em debate, bem como a divergência formada dentro do próprio STF¹³, dado que um dos objetivos do projeto de lei é reformar o conceito de família que a maioria do STF entendeu como o corretamente interpretado a partir da

13. A divergência foi textualmente mencionada pelo Dep. Ronaldo Fonseca (PROS/DF) da seguinte maneira: “Ademais, lê-se do referido acórdão que há o ‘entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas’”. Mostra-se ainda o entendimento de dois ministros sobre a questão que “a coloca como matéria aberta à conformação legislativa”.

CF de 1988. O parecer apresentado pelo Dep. Relator Ronaldo Fonseca (PROS/DF) para a Primeira Comissão Especial (CE) frisou a importância de se diferenciar família de meras relações de afeto, uma vez que

[...] o Estado nunca se motivou a proteger a família por simplesmente haver afeto, convívio ou mútua assistência entre os adultos que a compõe. O que se mostra relevante para o Estado é assegurar proteção à base da sociedade; que proporcione a geração, educação e profissionalização [independência] dos seus novos cidadãos.

No parecer que o Dep. Relator Diego Garcia (PHS/PR) apresentou para a Segunda Comissão Especial constou que duas são as relações necessárias para a conceituação de uma família: conjugabilidade e filiação, uma vez que o afeto não é considerado um elemento jurídico e “relações de mero afeto não precisam e não devem ser tuteladas pelo direito de família”. Ou seja, não só o conceito restrito foi adotado por esses parlamentares, como houve o esforço argumentativo de desconstruir o conceito amplo de família.

Nesse ponto reside uma distinção muito clara entre o entendimento dos Ministros do STF que foram divergentes da maioria e o entendimento dos parlamentares relatores do PLC 6.583/2013. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, ao registrar a divergência lateral sobre a impossibilidade de enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente previstas, entenderam que o conceito amplo de família é novo e existe de maneira concomitante ao conceito restrito, sendo que ambos os conceitos são passíveis de serem inferidos a partir do texto constitucional. Já os Deputados Ronaldo Fonseca e Diego Garcia entenderam que somente o conceito restrito é constitucionalmente previsto, não havendo espaço para que se conceba qualquer interpretação constitucional ampla de família, que vislumbre o afeto como elemento central.

Assim, analisadas a divergência conceitual entre os Ministros do STF, bem como a diferença entre a divergência da minoria dos Ministros do STF e o entendimento dos parlamentares Relatores do PLC 6.583/2013, constato que a construção doutrinária de um conceito de família e a sua operacionalização por juízes e legisladores ocorre de

maneira dinâmica, não sendo possível afirmar que o “novo” conceito de família amplo foi incorporado ao ordenamento brasileiro sem resistência ou mesmo que seja um conceito consolidado que superou a visão restrita à heteroaferividade e à monogamia. Esse movimento também está presente na doutrina recente e posterior ao julgamento paradigmático do STF, o que é objeto do próximo item.

2.5. A doutrina atualizada após o reconhecimento da família homoafertiva

Na iminência do julgamento da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ pelo STF, Alvaro Villaga Azevedo (2011) apresentou um balanço sobre a doutrina existente à época no Brasil sobre a união homoafertiva, que se dividia em duas correntes. A primeira delas entende que a união homossexual não constitui entidade familiar, mas sim sociedade de fato a ser regulada pelo Direito das Obrigações, na qual o próprio autor se incluiu ao lado de autores como Maria Helena Diniz e Sílvia de Salvo Venosa. A segunda corrente reconhece a união homoafertiva como entidade familiar e era defendida por Maria Berenice Dias.

No entendimento de Alvaro Villaga Azevedo (2011) o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inexistente, já que em “todo o sistema regulador o casamento civil acolhe a diversidade de sexo como seu pressuposto existencial” (AZEVEDO, 2011, p. 429). Além disso, ao abordar a existência da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ e um possível resultado de julgamento, entendeu que seria “prematuro” o reconhecimento da união homossexual como apta à constituição de família, dado que entre pessoas do mesmo sexo só haveria afeto e não um núcleo familiar.

No entanto, após o reconhecimento da família homoafertiva pelo Poder Judiciário, houve uma maior incorporação do conceito amplo de família por parte da doutrina, que passou utilizá-lo para explicar as famílias formadas a partir da união de pessoas do mesmo sexo. Esse movimento é notado em autores que, partindo de referenciais do direito constitucional, direito civil e direito de família, ocuparam-se em formar um corpo doutrinário específico sobre o direito homoafertivo.

Ana Maria Gonçalves Louzada (2017), ao abordar a evolução do conceito de família, por exemplo, explica que o conceito pós-moderno de

família é o “conjunto de indivíduos unidos por laços de afeto” (LOUZADA, 2017, p. 60), sendo modalidades de família que convivem simultaneamente a família casamentária, formada por união estável, concubínaria, monoparental, homossexual e formada nos estados intersexuais.

A partir de uma perspectiva civil-constitucional, Ana Carla Harmatiuk Matos (2017) aponta a tutela jurídica das famílias constituídas por um casal homossexual como exemplo de resposta dada pelo operador do Direito a situações sociais concretas, o que implica a concepção de relação familiar diferente do modelo tradicional heteropatriarcal, de modo que “a forma de se constituir uma família vincula-se a diversos fatores e características dos sujeitos dessa relação, em procura de como melhor desenvolver sua afeerividade” (MATOS, 2017, p. 85).

Também nessa perspectiva, Catarina Almeida de Oliveira (2013) discorre sobre o direito fundamental à família, que deve ser garantido tanto à pessoa heterossexual como à homossexual, pois

[...] o homossexual, como o heterossexual, além do impulso erótico, também está sujeito a uma inclinação emocional mais afeeriva, como é natural nos seres humanos. Embora a afeerividade e a sexualidade tenham significados distintos e possam ser realizados separadamente, não é incomum que andem acompanhadas. É então que facilmente aparece a necessidade de estabelecer vínculos permanentes de família, porque esse é um anseio natural e cultural do ser humano (OLIVEIRA, 2013, p. 176).

Portanto, ainda que não seja possível afirmar que o conceito amplo de família tenha substituído o conceito restrito na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro, houve, de fato, um amadurecimento da importância do afeto na formação da família por parte da doutrina, especialmente pela literatura especializada na família homoafertiva.

2.6. Síntese do Capítulo 2

O desafio de conceder o direito de constituir família a pessoas não contempladas em um conceito historicamente construído exige uma dose de criatividade, sendo tanto melhor se for possível encontrar

inspiração nas fontes do Direito, especificamente na doutrina do direito civil e de família. Assim, o Capítulo 2 teve a pretensão de apresentar os conceitos de família que, atualmente, coexistem na doutrina brasileira e poderiam ter sido mobilizados nas movimentações dos Poderes Judiciário e Legislativo – ainda que esses Poderes tenham lógica de funcionamento distinta e o último não esteja vinculado às fontes do Direito na elaboração de leis.

Os conceitos encontrados na doutrina foram classificados como conceito restrito – no qual família se define pela sua finalidade precípua de procriação e manutenção dos filhos a partir da união de um casal formado por um homem e uma mulher, pautada pela heteroafetividade e monogamia – e conceito amplo de família, que encara o afeto como elo de ligação dos membros de uma entidade familiar, existente enquanto espaço de realização pessoal dos familiares. Apesar de o conceito restrito ser mais antigo (utilizado nos séculos XIX e XX), não é possível afirmar que foi superado pelo conceito amplo (fortificado na doutrina brasileira no final do século XX e começo do século XXI), ou que o conceito mais novo está totalmente consolidado na doutrina de direito de família, de modo que as duas correntes doutrinárias ainda estão vivas no século XXI.

A corrente filiada ao conceito restrito é representada por autores como Washington de Barros Monteiro (2001), Arnaldo Rizzardo (2006), Alvaro Villaca Azevedo (2011), Carlos Roberto Gonçalves (2012), Regina Beatriz Tavares da Silva (2014), Sílvio de Salvo Venosa (2014) e Maria Helena Diniz (2017). A corrente doutrinária que trabalha com o conceito amplo de família é representada por autores como Maria Berenice Dias (1997, 2017), Sérgio Resende de Barros (2002), Luiz Edson Fachin (2003), Daniel Sarmento (2008), Paulo Luiz Netto Lôbo (2011), Rodrigo da Cunha Pereira (2012), Rolf Madaleno (2015) e Caio Mário da Silva Pereira (2017).

O que mais chamou a atenção nesse levantamento foi como os distintos conceitos de família existentes na doutrina e no ordenamento brasileiro foram mobilizados pelos julgadores na concessão de *status* jurídico à família homoaffectiva. Com isso não estou afirmando que os julgadores e legisladores necessariamente conhecem o debate doutrinário sobre os conceitos de família da maneira como apresentada neste

Capítulo e que fizeram uma opção consciente por um conceito ou outro a partir da doutrina. O que, de fato, houve foi a utilização expressa da doutrina de alguns dos autores apresentados no item 2.1 por determinados Ministros do STF para fundamentar o voto proferido no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF. No restante, posso concluir que houve a adoção dos conceitos restrito e amplo por parte de julgadores e legisladores, mas sem que seja possível apontar a doutrina como fonte primária do conceito adotado, porque, no limite, se tratou mais de exercício pessoal de interpretação dos atores do que um esforço de fundamentação da origem do conceito adotado.

Nesse contexto, houve uma maioria de Ministros do STF que, sobretudo a partir da obra de Luiz Edson Fachin (2003), Maria Berenice Dias (1997, 2010) e Daniel Sarmento (2008), convergiu ao aplicar o conceito amplo de família como algo que pode ser depreendido da própria CF de 1988. Para os Ministros Ayres Britto (Relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa o enquadramento da união de pessoas do mesmo sexo nesse conceito não só permite conceder *status* jurídico à união estável homoaffectiva como é a interpretação em conformidade à Constituição que deve ser conferida ao questionado art. 1.723 do CC.

Por outro lado, tivemos três Ministros que entenderam que o rol de famílias previsto no art. 226 da CF de 1988 apresentou tipos de entidades familiares somente com fundamento no conceito restrito, de modo que o conceito amplo é novo, depreendido dos princípios constitucionais e somente nele é que a união homoaffectiva pode ser enquadrada. O entendimento dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso se aproxima da movimentação feita pela doutrina na medida em que trabalhou com os dois conceitos atualmente vigentes, reconhecendo que se manteve o conceito anterior (restrito) em paralelo ao surgimento de um novo conceito de família (amplo).

Uma divergência conceitual também foi localizada nos posicionamentos adotados pelos membros do Poder Legislativo. Porém, não com o mesmo refinamento presente no Poder Judiciário e marcada por limites mais aparentes: os parlamentares ou encamparam o conceito amplo de família majoritariamente adotado por membros do Poder Judiciário a fim de prestar-lhe deferência (posição dos Senadores favoráveis

ao PLS 612/2011) ou adotaram o conceito restrito como excludente de qualquer outro, o que foi feito pelos Deputados Relatores do PLC 6.583/2013 que entenderam que somente a família baseada na conjugalidade e filiação foi contemplada no texto da CF de 1988, sendo que relações de afeto sequer deveriam ser tuteladas pelo direito de família.

Apresentado o debate material dos conceitos que foram mobilizados pelos Poderes Judiciário e Legislativo, passo a discutir a forma como se operou essa mobilização. Para atingir esse objetivo, no próximo Capítulo apresento as noções de competência e função do Poder Judiciário, para, então, discorrer sobre controle de constitucionalidade, resolução de conflitos e a competência do CNJ de controle da atuação administrativa.

Capítulo 3

As competências do Poder Judiciário

A atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo na concretização jurídica da família homoafetiva gerou um debate sobre a função e competência de cada Poder nessa atuação. Para melhor compreensão dos argumentos apresentados nos próximos itens importante explicar que o termo “competência” é utilizado no sentido da prescrição normativa acerca da atuação de determinada instituição, muito provavelmente prevista no texto constitucional ou em algum regramento mais específico dessa instituição. O termo “função”, por sua vez, corresponde ao funcionamento efetivo da instituição quando autorizada a atuar por uma competência normativa¹. A título de exemplo, considero o controle de constitucionalidade uma competência do Poder Judiciário e a atuação contramajoritária no reconhecimento de direitos de minorias como uma função.

Assim, o debate proposto nos próximos Capítulos se inicia com a seguinte questão: o Poder Judiciário teria competência para reconhecer a união estável homoafetiva, verificar que não há óbice para o casamento

1. Esclareço que tal diferenciação se faz particularmente relevante para compreensão do debate que proponho com o presente livro, porque tais termos não foram utilizados dessa maneira criteriosa na demarcação da diferença de conceitos nos votos analisados e na literatura consultada. Ou seja, os documentos analisados e a literatura consultada utilizam os termos “competência” e “função” muitas vezes como sinônimos, exercício que entendemos ser necessário evitar.