



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

**AS UNIÕES HOMOAFETIVAS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS:
uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de
Justiça**

*THE HOMOAFECTIVES UNIONS IN BRAZILIAN HIGHER COURTS: an analysis of
the decisions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice*

Matheus Ferreira Bezerra¹

RESUMO: O presente trabalho busca analisar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiros sobre o tratamento a ser conferido às uniões formadas entre pessoas do mesmo sexo, denominadas de uniões homoafetivas, sob o prisma do direito de família, aliando ao posicionamento adotado por outras cortes regionais, que já debatiam o tema há anos, manifestando a historicidade da controvérsia no direito brasileiro, que muito tentou negar a existência destes agrupamentos hoje reconhecidos como família, bem como as consequências deste reconhecimento, seja por meio da união estável, seja por meio do casamento, na dimensão do direito de família, considerando as suas repercussões, através das implicações legais decorrentes do novo paradigma jurídico instaurado, que passará a abrigar no seu conteúdo a família composta por pessoas do mesmo sexo.

Palavras-Chave: Casamento. União Estável. Homoafetividade. Direitos de Família. Julgamento.

ABSTRACT: This study aims to analyze the decisions made by the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice of Brazil on the treatment to be accorded to unions formed between same-sex unions called homoaffectives unions under the prism of the family law, combining the positioning adopted by other regional courts, who have debated the issue for years, demonstrating the historicity of the controversy in Brazilian law, who tried to deny the very existence of these groups now recognized as a family as well as the consequences of this recognition, either through stable, either through marriage, the dimension of family law, considering its impact, through the legal implications arising from the new legal paradigm introduced, which will host the content family comprised of people of the same sex.

Keywords: Marriage. Stable Union. Homoaffective. Family rights. Judgment.

¹ Advogado. Professor Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).E-mail mathfb@ig.com.br. Versão em português recebida em 18/05/2013, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015
Versão em português recebida em 18/05/2013, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de direitos decorrentes das uniões familiares entre pessoas do mesmo sexo se constitui num tema bastante discutido na sociedade brasileira e que nos últimos anos ganhou um impulso maior, quando a mesma chegou a análise do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Após muitos anos de debates nas instâncias inferiores, em que muitas relações homoafetivas eram apresentadas aos magistrados de primeira instância, trazendo à tona a existência de uniões estáveis, direito à meação, sucessão, adoção, benefício previdenciário, dentre outros, estas demandas chegam às cortes superiores do país num momento em que outros países já passaram a reconhecer os direitos desta união, mas o Congresso Nacional ainda se mostrava incapaz de avançar com o tema para o manifestação legal, preferindo a omissão como forma de resposta àqueles que aguardam por um tratamento legislativo do assunto.

Nesse momento, unindo-se a necessidade de o Estado se posicionar para minimizar os conflitos sociais, o anseio da população por um tratamento que conferisse uma segurança jurídica e uma proteção aos indivíduos, e a omissão do Congresso Nacional, motivada principalmente pela resistência de seguimentos conservadores, geralmente vinculados ao pensamento dogmático-religioso, muitas vezes incapaz de tolerar diferenças, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se viram pressionados a manifestarem seus posicionamento acerca dos temas trazidos, quais sejam: a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Nesse contexto, imerso no grande conflito de interesses envolvidos pelo tema, as expectativas sobre o futuro de muitos casais homoafetivos brasileiros e os direitos que os mesmos teriam assegurados a partir de então, voltaram-se para o resultado do julgamento dos dois processos em tramite nas cortes superiores que merecem uma análise individualizada, objeto deste trabalho.

2 O JULGAMENTO DO DIREITO À HOMOAFETIVIDADE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Após as diversas controvérsias instauradas nos tribunais do país, seja na primeira ou na segunda instância, no ano de 2011, a discussão sobre o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo ganhou uma nova etapa, uma vez que, pela primeira vez, abandonou as instâncias regionais e alcançaram os tribunais superiores.

Nesse diapasão, os processos que discutiam tanto o reconhecimento de uma união estável, quanto a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo se casarem, nos moldes do direito civil, trouxeram à tona a abordagem das uniões entre pessoas do mesmo sexo ao cotidiano do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e, por consequência, passaram a ser mais debatidos pela sociedade, diante da grande expectativa gerada pela decisão a ser proferida por cada uma das cortes.

Ao analisar os processos, as cortes nacionais se depararam com uma grande pressão de grupos religiosos e seguimentos conservadores da sociedade que há muitos anos exercem influência no Congresso Nacional e impedem que este grupo minoritário seja beneficiado com uma disciplina legal expressa em seu favor e de outro a existência de uniões familiares formadas por diversas pessoas, oprimidos justamente pela grande influência, sobretudo, eleitoral exercida pelo primeiro grupo.

Diante deste contexto, as cortes nacionais se depararam com um conflito ideológico, sobre a possibilidade ou não de se reconhecer as uniões denominadas de homoafetivas, principalmente porque não existe uma norma expressa que ampare os casais homoafetivos, os tribunais superiores, superaram de uma só vez dois paradigmas do direito brasileiro, primeiro, por reconhecer que um duas pessoas do mesmo sexo devem ser consideradas como um casal e, como tal, são capazes de constituir família e, segundo, superando o paradigma de que para o reconhecimento de direitos é necessário que exista uma norma expressa neste sentido.

Tal interpretação apenas demonstra que a hermenêutica jurídica precisa estar conectada com as nuances sociais, a fim de que o direito possa se adequar ao mundo no qual ele se insere, sob pena de ser sempre anacrônico e inadequado, conforme leciona Lênio Streck (1999, p. 248):

A compreensão do novo modelo de Direito (e de Estado) estabelecido pelo Estado Democrático de Direito implica na construção de possibilidades para a sua interpretação. Olhar o novo com os olhos do velho transforma o novo em velho! Interpretar o Estado Democrático de Direito – e o seu programa de metas deontológico – a partir do horizonte do sentido pelo modelo liberal-individualista-normativista (que o vê como um conjunto de normas meramente axiológicas de princípios), redefine e esvazia as possibilidades do novo modelo. Se estamos desde sempre na linguagem e falamos a partir da tradição, os pré-juízos representados pelo velho modelo de Direito pré-formam o nosso olhar sobre o novo que, neste caso, sequer pode ser visto como novo, pois o novo somente será novo se tivermos a linguagem apropriada (que é condição de possibilidade) para dizê-lo/compreendê-lo, isto é, se pudermos tratá-lo (fazê-lo ser) pela linguagem. Enfim, sem o necessário horizonte crítico para fundir com a tradição, a interpretação resultará em um mal-entendido.

Desse modo, a ciência jurídica, que não está alheia a realidade, e sim integrada a ela, deve ser lido e interpretado em conformidade com o mundo em que se vive, a fim de que possa cumprir o seu papel de harmonização das relações sociais no momento em que o mesmo é buscado e não reger o presente a partir de uma análise tardia.

Assim, as cortes superiores superam o paradigma de que o direito é apenas regra, esquecendo-se de princípios e valores, a ponto de afastar a nefasta esperança de todos aqueles que ainda acreditavam na possibilidade de se impedir que as relações de fato alcancem o que já havia se consolidado de direito ao longo dos anos, apenas para consagrarem ideologias egoístas que, em nada, valorizam o respeito ao próximo e a solidariedade social.

Nesse sentido, impende iniciar este trabalho com o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal que representou o primeiro passo para a ruptura do paradigma ainda em aberto no direito de família no momento em que a decisão foi construída pelos seus ministros.

2.1 O Julgamento do STF

No julgamento proferido em 05/05/2011, pelo Tribunal Pleno, do Supremo Tribunal Federal, no qual foram reunidas a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, cujo Relator foi o Ministro Ayres de Britto, a corte máxima brasileira decidiu pelo reconhecimento das uniões homoafetivas.

De acordo com o posicionamento adotado pelo referido tribunal, não existe razão que justifique o tratamento discriminatório e preconceituoso, em decorrência da orientação sexual, conforme se depreende pelo trecho abaixo transcrito:

EMENTA: 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 nº 132-RJ pela ADI nº 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 SÓCIO-POLÍTICO-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 auto-estima 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 pétrea [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011a)

Mais adiante, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi mais longe, ao enfrentar o cerne das discussões geradas em torno das uniões entre pessoas do mesmo sexo, qual seja, a possibilidade das mesmas constituírem unidades familiares, o que, conforme entendimento majoritário, foi aceito pelos ministros nos seguintes termos:

[...] 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 SÓCIO-CULTURAL 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 sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER 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 profibe 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”[...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011a)

Doravante, o Supremo Tribunal Federal, apegando-se aos princípios constitucionais que protegem o seu humano, e afrontando a tradição eminentemente positivista de alguns

magistrados, em que a literalidade do texto é mais importante que o conteúdo da norma, superou o paradigma da diversidade de sexos para reconhecer a possibilidade de composição de entidade familiar por meio da união estável, estendendo, assim o texto constitucional², a fim de lhe conferir uma interpretação de acordo com os valores constitucionais³.

Nesse contexto, abandonando o exacerbado apego dos magistrados a ausência de previsão legal expressa para decidir o conflito, a corte se posicionou em atenção ao anseio das minorias, a fim de reconhecer uma situação que, de fato, já se encontrava presente na sociedade brasileira.

Tratou-se, neste momento, muito mais que uma decisão de uma relação privada particular, mas de uma defesa dos direitos humanos e do próprio ordenamento jurídico que, consagra princípios como o da igualdade, da dignidade humana, do direito à diversidade, voltado à defesa da indivíduo enquanto ser humano e o respeito à sua diferença que ao não reconhecimento do seu direito de possuir uma orientação sexual diferenciada, diante do contexto plural e consolidado pela afetividade, que marcam a família na atualidade, como ensina Maria Berenice Dias (2011, p. 43):

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de

² Nesse contexto, impende salientar que a redação dada ao §3º do art. 226 da Constituição Federal, prescreve que: “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”, o que para muitos significava dizer que a união estável somente seria reconhecida entre um homem e uma mulher, o que passou a ser superado pela decisão da corte.

³ Nesse sentido, vale ressaltar outra parte do julgado que fez menção a interpretação a ser dada a expressa constante no texto da Constituição Federal de 1988. Senão, vejamos: “[...] 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 auto-aplicabilidade 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. 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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011a)”.

afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial emocional que leva a subtrair um relacionamento do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios tem substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.

Doravante, numa outra oportunidade, no julgamento do recurso autos do AgR no RE nº 477.554/MG, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, ratificou o posicionamento adotado naquela ocasião sedimentando ainda mais o reconhecimento da questão pelo direito brasileiro. Senão, vejamos:

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO

IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. [...] A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - 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, 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. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. [...] (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011b)

Assim, o Supremo Tribunal Federal, refletindo a compreensão do momento histórico vivido pela sociedade brasileira, com fulcro na consciência jurídica constitucional e do direito de família, formada ao longo dos anos, afastou os posicionamento discriminatórios e contemplou a igualdade entre as entidades familiares, num reflexo do tratamento igualitário que deve existir entre homossexuais e heterossexuais, bem como às demais manifestações sexuais que, na verdade, representam a própria externalização do ser humano⁴.

⁴ Nesse sentido, em análise ao voto proferido pelo Ministro Ayres Brito no julgamento do Supremo Tribunal Federal (2011a), Hilda Ledoux Vargas Araújo (2012, p. 80) assim ensina: “A igualdade se impôs ao preconceito; a liberdade de expressar a afetividade e a sexualidade venceu os tabus sexuais e as hipocrisias moralistas. O reconhecimento da dignidade das pessoas e famílias homoafetivas que vivenciavam a experiência de famílias clandestinas, à margem da tutela jurídica, consideradas: “famílias mais ou menos”, “quase famílias”, subfamílias ou “famílias de segunda classe” trouxe estas pessoas e estas famílias à classe dos iguais”.

Não obstante o posicionamento do STF no sentido de reconhecer os direitos oriundos das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, no mesmo ano, outro julgamento envolvendo os direitos de homossexuais também ganhou repercussão nacional, agora como cenário o STJ, de modo a reforçar ainda mais o momento vivido pela compreensão jurídica brasileira sobre o tema.

2.2 O Julgamento do STJ

No julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em 25/10/2011, nos autos do Recurso Especial nº 1.183.378 / RS, cujo Relator foi o Ministro Luís Felipe Salomão, a corte foi além da decisão anterior do Supremo Tribunal Federal e reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Com efeito, enquanto o tema levado ao STF discutiu o reconhecimento da união estável, o STJ analisou o direito dos homossexuais em constituírem o casamento no cartório, conforme se nota pela transcrição do aresto abaixo:

Ementa: 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.

[...]

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 multifórmes 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 [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012)

Desse modo, a ilação proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o que prega o ordenamento jurídico brasileiro, bem como com os, então, recentes julgamentos do STF, protege as uniões entre pessoas do mesmo sexo, uma vez que a diferente orientação sexual do indivíduo não justifica o tratamento discriminatório ou mesmo a pena de serem relegados à margem da lei.

Mais adiante, numa demonstração de que a corte não se encontra atrelada à mera disposição textual da lei, o STJ foi além do tratamento igualitário entre as entidades familiares, passando a reconhecer entre essas uniões o direito ao casamento, conforme se observa pela transcrição do trecho seguinte:

[...] 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 auto-afirmação 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 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 [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2012)

Nesse contexto, de acordo com o pensamento manifestado por este aresto, as discussões de gênero para a constituição de entidade familiar não devem ser resumidas apenas ao plano da união estável, na qual os direitos dos “não-heterossexuais” ainda permaneceriam reduzidos, haja vista que a liberdade de constituição de família estaria restrita.

Doravante, considerando que o tratamento deixaria de ser discriminatório no momento em que ambos estivessem equiparados de forma plena nas possibilidades de constituição da família, o STJ avançou ainda mais na compreensão do tema, ao considerar que a igualdade deveria ser estendida também ao casamento.

Com efeito, o avanço do posicionamento desta corte se mostra claro quando se percebe que na doutrina contemporânea a diversidade sexual ainda se constitui numa barreira para o casamento, podendo ser considerada até como caso de inexistência, como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 126-127):

Ainda que de forma indireta, a Constituição Federal, ao reconhecer a união estável “entre o *homem e a mulher* como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”, e ao proclamar que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente *pelo homem e pela mulher*” (art. 226, §§3º e 5º), só se admite o casamento entre pessoas que não tenham o mesmo sexo. Esse posicionamento é tradicional e já era sabido nos textos romanos clássicos.

A diversidade de sexos constitui requisito natural do casamento, a ponto de serem considerados inexistentes as uniões homossexuais. Estas devem merecer regulamentação de natureza diversa, como objetiva projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional pela então Deputada MARTA SUPPLY, com o objetivo de discipliná-las somente como uniões estáveis, não se propondo a dar às parcerias homossexuais um *status* igual ao do casamento, como consta da justificativa encaminhada.

Por conseguinte, nota-se que a decisão proferida pelo STJ, representa anos de avanço na luta pelo direito à igualdade de todos aqueles que se encontram ou encontravam marginalizados pela orientação sexual diversa, permitindo assim, independentemente da sua orientação sexual, tanto o direito de constituir família quanto a própria opção em qual o modelo deseja constituir a sua família.

Numa palavra, poderia se afirmar que o resultado dos julgamentos do STF e do STJ é a pluralidade. Primeiro, porque o pluralismo⁵ ganhou força perante as cortes nacionais culminando com o reconhecimento do direito à diversidade, que possibilita que grupos sociais minoritários possam ser reconhecidos pelo direito. Segundo, porque além de poderem ser reconhecidos pelo direito, as minorias ainda poderão escolher a forma como se darão as uniões, integrando-se, também, dentro da concepção do pluralismo familiar preteritamente restrito à maioria.

Logo, mostra-se a importância do posicionamento judicial para o reconhecimento dos direitos das uniões entre pessoas do mesmo sexo, mesmo porque o processo legislativo para contemplar estes grupos minoritários anda a passos muito lentos, sempre emperrado, sobretudo, pelas pressões de grupos religiosos reacionários que têm o poder de intimidar a opinião de parlamentares dada a forte influência dos mesmos nas eleições.

Assim, depois de considerar os julgamentos proferidos pelas cortes nacionais, que alteraram o paradigma do tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo no direito brasileiro, faz-se necessária a análise das consequências jurídicas do reconhecimento destas uniões que passam pela competência de julgamento, pela meação, pelo direito sucessório, pelos alimentos e pela adoção.

3 AS CONSEQUENCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO

⁵ Nesse sentido, a palavra encerra o conceito de pluralismo jurídico, entendido, de acordo com a lição de Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 198), da seguinte forma: “O objetivo do pluralismo jurídico pode consistir na globalidade do Direito de uma dada sociedade, possibilidade não muito frequente, ou tão-somente num único ou em alguns ramos do Direito, hipótese mais comum. Pode-se ainda consignar que sua intenção não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das formas jurídicas que podem existir na sociedade. Desse modo, o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semi-autônomas, com relação ao poder estatal como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não-oficiais/informais. A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas distintas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado”. Por conseguinte, percebe-se que o pluralismo jurídico busca contemplar as mais diferentes manifestações sociais agrupadas, sobretudo, com fito de respeitar tanto a diversidade na sociedade, dentro do contexto social de necessidades particulares e do dever de tolerância pautada numa ética da alteridade.

A partir das decisões proferidas pelas cortes superiores brasileiras, extrai-se a principal consequência de que as uniões entre pessoas do mesmo sexo se constituem em relações sociais hábeis para a constituição de família, tais como as entre pessoas de sexos diferentes, havendo, pois, direito de que esta ocorra pela união estável ou pelo casamento, conforme o posicionamento do STF e do STJ acima mencionados.

Doravante, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro permite a atribuição de natureza familiar às uniões entre pessoas do mesmo sexo, os seus integrantes passam a fazer jus à direitos de família previstos pela ordem jurídica instituída, como, p. ex., ao julgamento pelas varas de família, direito à partilha, à alimentos, à herança e à adoção.

3.1 Do Direito ao Julgamento pelas Varas de Família

A primeira consequência jurídica, já bastante difundida entre as cortes nacionais, é de natureza processual, dizendo respeito ao juízo competente para a apreciação de uma eventual demanda decorrente do relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, pois, uma vez conferidos direitos de família, a causa será direcionada às varas de família⁶.

Por conseguinte, tendo em vista que as relações entre casais de pessoas do mesmo sexo são relações capazes de constituir família, os mesmo devem estar submetidos à competência funcional das varas de família instituídas pelas cortes nacionais, sendo também regidas pela norma de família para dirimir os eventuais conflitos existentes.

Nesse contexto, uma vez considerada a incidência de normas de direito de família e a competência das varas de família para julgar as demandas vindouras, ainda se mostra necessária a análise de outros temas que decorrem da natureza de direito de família destas relações, tais como a meação, a sucessão, os alimentos e a adoção.

3.2 Do Direito à Meação

⁶ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul firmou seu entendimento referente a competência da Vara de Família, nos seguintes termos: “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 [...]” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, 1999)

A partilha de bens é a divisão patrimonial, de acordo com o regime de bens escolhido, decorrente da separação do casal, seja por ato de vivos, por meio de processo de separação, divórcio ou dissolução, ou por motivo de morte com o falecimento de um dos consorte.

Em qualquer dos casos, as uniões entre pessoas do mesmo sexo devem ser reconhecidas, a ponto de gerar a partilha dos bens do casal, nos termos do art. 1.725 do Código Civil de 2002, pois diz respeito à formação de um patrimônio conjunto, constituído mediante esforço em comum, através do desiderato previsto no art. 1.723 do Código Civil de 2002, ou seja, o objetivo de constituir família.

Nesse caso, perante a controvérsia gerada pelo reconhecimento ou não das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, passou-se a se utilizar, com bastante frequência, do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, para se dirimir os conflitos gerados na sociedade, haja vista que a negativa de divisão com o consorte implica em enriquecimento indevido de um deles, em consequência do empobrecimento do outro.

Ademais, a clareza da vedação é tão consistente que, no Brasil, há muitos anos, mesmo antes de se reconhecer a união estável como entidade familiar, mesmo entre um homem e uma mulher, os tribunais acataram a tese de formação de sociedade de fato entre os então denominados concubinos, a fim de se permitir a divisão igualitária dos bens, como se pode observar pelo aresto proferido pelo Tribunal de Justiça da Bahia que, considerando a analogia com a união estável assim decidiu:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE. RECURSO IMPROVIDO. Aplicando-se analogicamente a Lei 9278/96 (grifos nossos), a recorrente e sua companheira têm direito assegurado de partilhar os bens adquiridos durante a convivência, ainda que dissolvida a união estável. O Judiciário não deve distanciar-se de questões pulsantes, revestidas de preconceitos só porque desprovidas de norma legal.(grifos nossos). A relação homossexual deve ter a mesma atenção dispensada às outras ações. Comprovado o esforço comum para a ampliação ao patrimônio das conviventes, os bens devem ser partilhados. Recurso Improvido" (BAHIA, Tribunal de Justiça, 2001).

Sendo assim, a compreensão da formação de família entre casais formados por pessoas do mesmo sexo, põe fim à controvérsia sobre a divisão patrimonial deste casal que, muitas vezes, ficava à mercê do entendimento do magistrado sobre a possibilidade ou não de constituição de família, advindas destas relações, ou mesmo que esta relação fosse equiparada

Versão em português recebida em 18/05/2013, aceita em 21/04/2015, e autorizada para publicação em 29/06/2015

a uma sociedade de fato, que ignora a existência de uma família, mas protege a divisão patrimonial.

Porém, estas inseguranças apresentadas devem ser esquecidas, na medida em que os direitos de família passam a ser reconhecidos pelas decisões do STF e do STJ, permitindo, assim a configuração tanto da união estável, quanto do casamento, que possuem suas regras definidas no Código Civil, abrindo, ainda, oportunidade para o surgimento de direitos sucessórios.

3.3 Do Direito à Sucessão

A palavra sucessão, no direito civil brasileiro, proveniente do Direito das Sucessões, diz respeito à transmissão patrimonial decorrente da morte. A importância deste instituto para o direito brasileiro, pautado na defesa da propriedade privada, na solidariedade social e na proteção à família, faz-se demonstrada ao ser inserida como garantia constitucional, no rol de direitos fundamentais do indivíduo, previstos no inciso XXX, do art. 5º da Carta Magna de 1988, no qual, de forma clara e objetiva o legislador constituinte determinou que: “é garantido o direito de herança”.

No plano infraconstitucional, o art. 1.790 do Código Civil de 2002, assegura, com bastante clareza, que: “a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, ao passo que, nos termos do art. 1.845 do Código Civil, o cônjuge supérstite será considerado herdeiro necessário, de modo que comporá a partilha dos bens do falecido.

Deste modo, uma vez dado o reconhecimento às uniões entre pessoas do mesmo sexo, como uniões estáveis ou como casamento, os seus integrantes serão considerados herdeiros, permitindo, assim, que integrem os direitos sucessórios nos termos da lei civil, que resguarda parte do patrimônio do consorte após o seu falecimento.

3.4 Do Direito a Alimentos

O direito a alimentos é um dos direitos mais importantes para o ser humano, pois esta relacionado à sua própria sobrevivência (RODRIGUES, 2000), de modo que, o legislador,

sensível a realidade social e na busca de proteger os mais necessitados, conferiu proteção ao alimentário no art. 1694 do Código Civil de 2002, de modo que “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

A partir do reconhecimento dos direitos de família aos casais entre pessoas do mesmo sexo, seja por meio do casamento, seja por meio da união estável, indiscutível se mostra o direito aos alimentos, que visem assegurar a manutenção ou a condição do(a) cônjuge ou companheiro(a), diante de sua impossibilidade deste de prover, por si só, o seu próprio sustento.

3.5 Do Direito à Adoção

Dentre as consequências advindas do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, a adoção se coloca como o mais complexo dentre os apontados, uma vez que traz consigo elementos objetivos e subjetivos que devem ser cuidadosamente analisados pelo Poder Público.

Indiscutivelmente, nos últimos anos um dos temas mais discutidos nos tribunais, acerca das uniões homoafetivas passou a ser a possibilidade de adoção que manifesta uma forte controvérsia social que resulta em posicionamentos diversificados no âmbito da jurisprudência nacional.

Num primeiro momento, na vigência do Código Civil de 1916, eminentemente patriarcal, a adoção prestigiava mais aos pais que não tinham filhos que propriamente aos filhos que não tinham pais⁷. Atualmente o direito brasileiro, após a Lei nº 12.010/2009, que

⁷ Nesse sentido, encontra-se a lição de Silvio de Sávio Venosa (2003, p. 317): “A idéia central da adoção descrita originalmente no Código Civil de 1916 tinha em mira precipuamente a figura dos pais que não podiam ter prole e as normas foram postas primordialmente em seu benefício. O enfoque da legislação posterior e principalmente do Estatuto da Criança e do Adolescente é francamente o inverso, pois o legislador menorista optou por proteger o interesse do menor desamparado, colocando-o em família substituta, condicionando o deferimento da adoção à comprovação de reais vantagens para o adotado. Essa orientação foi trazida inclusive para o texto do novo Código: “Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotado” (art. 1.625). Esse dispositivo aplica-se tanto aos adotandos maiores como aos menores, na sistemática da nova lei. Ao decretar uma adoção, o ponto central de exame do juiz será o adotando e os benefícios que a adoção poderá lhe trazer”.

alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil, consolidou ainda mais os princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, dentre os quais o da paternidade responsável, melhor interesse da criança e do convívio familiar⁸

Nesse contexto a adoção atual, contemplando os novos ideais do direito de família, busca a proteção da família, não só a partir do *pater familiae* como outrora, mas a realização de todos os seus integrantes, como sujeito passível de dignidade, de modo que a família passa a ser um meio para a promoção do ser humano e não o ser humano um meio para a promoção da família (BEZERRA, 2012), de modo que a adoção deve ser considerada também a partir do interesse de quem será adotado.

Doravante, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe alguns requisitos objetivos para a adoção, tais como a exigência de que o adotante seja maior de dezoito anos (art. 42), e que o adotante seja, pelo menos, dezesseis anos mais velho que o adotado (§3º do art. 42), mas deixou a cargo de elementos definidores do convívio e da estabilidade familiar, os atributos mais significativos da decisão, como avaliação psicossocial dos adotantes (§3º, do art. 50); o estágio de convivência (art. 46), o consentimento do adotado (§2º, do art. 45), e que a adoção represente reais vantagens para o adotando (art. 43).

Por conseguinte, sob uma análise geral, pode-se observar que a adoção busca que o processo resulte numa estabilidade na família, de modo que esta poderá ser concedida tanto por quem é solteiro e constituirá sua família a partir da adoção, ou por quem já se constitui numa família, permitindo o ECA que a adoção seja conjunta quando ambos os requerente sejam casados ou vivam em regime de união estável, comprovada a estabilidade familiar (§2º do art. 42), ou mesmo que estejam separados ou divorciados, desde que o estágio de convivência tenha iniciado na constância da entidade familiar (§4º do art. 42).

Desse modo, uma vez superada a antiga barreira de reconhecimento de uma família por uniões entre pessoas do mesmo sexo, nota-se que a antiga necessidade da adoção ser feita

⁸ Em consideração a esta mudança de paradigma, ensina Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 416): “[...] Um novo conceito de ‘acolhimento’ passa a exigir do intérprete um posicionamento coerente com os ditames legais e constitucionais, complementado por subsídios interdisciplinares que permitam nova exegese do Direito Fundamental à convivência familiar e comunitária estabelecido pelo art. 227 da Constituição Federal e regulamentado pelo Estatuto [...]”.

por apenas um dos pares já se encontra superada⁹, de modo que o simples fato de ser homossexual não deve representar um impedimento objetivo, capaz de, por si só, obstar que o indivíduo possa adotar uma pessoa, mesmo porque a norma jurídica não fez nenhuma restrição a orientação sexual do adotante para ter direito de adoção, de modo que não poderá ser feita a distinção com caráter discriminatório, como se entende pela lição de Rolf Madaleno (2011, p. 645):

Não obstante as dificuldades, reiterados pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência têm se manifestado em prol da adoção por casais homoafetivos, observando ser o foco da adoção o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente, ao qual se associa o da igualdade das pessoas, devendo ser afastado qualquer viés de discriminação sobre a orientação sexual do adotando, porque as relações entre marido e mulher, ou entre os conviventes de sexos opostos, não são as únicas formas de organização familiar.

Por conseguinte, qualquer manifestação neste sentido é assaz discriminatória e deve ser repelida pelo Poder Judiciário, como entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao deferir o pedido de adoção a um indivíduo homossexual, conforme julgamento abaixo transcrito:

Ementa: Adoção cumulada com destituição do pátrio poder. Alegação de ser homossexual o adotante. Deferimento do pedido. Recurso do Ministério Público. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, 1999)

⁹ Esclarecendo este momento, encontra-se a doutrina de Sílvio de Sávio Venosa (2003, p. 335): “Não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante: pode ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo, concubino. A adoção, como percebemos, pode ser singular ou conjuntiva. A adoção é admitida por casal em matrimônio ou em união estável, entidade familiar reconhecida constitucionalmente. Se não são ainda os companheiros homossexuais reconhecidos como entidade familiar, a eles não é dado adotar conjuntamente. Poderá o indivíduo homossexual adotar, contudo, dependendo da avaliação do juiz, pois, nessa hipótese, não se admite qualquer discriminação”.

Por conseguinte, uma vez reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar, não se mostra razoável qualquer distinção a ser feita com base na orientação sexual ou gênero dos adotantes, mesmo porque, estas barreiras estão levantadas sem fundamento científico, pois não representam prejuízos ao desenvolvimento psicológico das crianças e adolescentes, ou mesmo constitucional (LÔBO, 2010).

Sendo assim, basta, apenas, que o casal venha a representar o melhor interesse para o adotando, atendendo, assim, ao desiderato da norma jurídica que trata do assunto, pois como afirma Enézio de Deus Silva Júnior (2010), o sucesso da colocação da criança/adolescente está ligado ao ambiente em que será colocado e não na orientação sexual dos adotantes, que, por serem homossexuais, não perdem os sentimentos de paternidade e maternidade.

Doravante, como corolário do direito à adoção, também deverá ser conferido ao integrante da relação entre pessoas do mesmo sexo, o direito à guarda e às visitas ao filho menor. De fato, de acordo com o brocardo jurídico, quem pode mais pode menos, o indivíduo que faz jus ao direito à filiação civil, nos termos da legislação em vigor, também fará jus aos direitos decorrentes da própria filiação, como a guarda e a visitação, dès que atendido ao interesse do menor, sem mencionar as outras conseqüências decorrentes da própria filiação.

CONCLUSÃO

As decisões proferidas pelos tribunais superiores brasileiros representaram um grande avanço para o direito de família, uma vez que consolidaram, a fim de minimizar os conflitos sociais decorrentes das omissões do poder público a respeito do tema, as uniões homoafetivas, a partir de uma leitura mais humana da ciência jurídica brasileira.

Num primeiro momento, as decisões representaram uma mudança de foco, pois a partir do posicionamento das cortes superiores, embora os debates não se encerrem, a sociedade passará, inevitavelmente, a compreender que duas pessoas do mesmo sexo poderão compreender o que se chama de “casal”. Doravante, estas uniões serão passíveis de serem reconhecidas como entidades familiares, a exemplo das entidades monoparentais, das uniões estáveis e do casamento de pessoas de sexos diferentes até então únicas contempladas pela interpretação constitucional e infraconstitucional.

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo deverão ser reconhecidas, conforme alguns tribunais já haviam se manifestado de forma favorável, para promover uma condição mais justa para aqueles que convivem ou pretendem conviver como um casal, sob a denominação de família e todos os benefícios que o direito tutela para ela, seja de aspectos pessoais seja de aspectos afetivos.

Neste momento, trata-se de um processo maior que a simples interpretação de normas, mas a própria consolidação de valores e ideais trazidos pela Constituição Federal brasileira que se aderem às normas inferiores e amparam os seres humanos, na busca pela existência digna e da defesa de grupos minoritários historicamente oprimidos pelos valores ditos tradicionais de uma maioria.

Num outro contexto, a decisão do Superior Tribunal de Justiça continuou a caminhar adiante, no processo de valorização do indivíduo, enquanto pessoa, e de respeito à igualdade, dentro da perspectiva da diversidade do ser, ao compreender que, mesmo sem a posição expressa da lei, o casamento poderá ser celebrado por pessoas do mesmo sexo, não havendo qualquer impedimento de ordem sexual capaz de obstar este direito ao ser humano.

Por força disso, as decisões alteram o paradigma de família até então existente, de modo que, mesmo que não tenham a possibilidades de modificar a sociedade de imediato, serão capazes de ruir, gradativamente, as barreiras ideológicas que impedem o reconhecimento destas uniões, seja através da união estável seja do casamento, como efetivas famílias por parte da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Hilda Ledoux Vargas. Voto do Ministro Ayres Britto. In: SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus (Coord.). **União Estável entre Homossexuais**: Comentários à decisão do STF face à ADI 4.277/2009 e à ADF 132/2008. Curitiba: Juruá, 2012.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia (3ª Câmara). Cível. Ação de reconhecimento de dissolução de sociedade de fato cumulada com partilha demanda. Julgada procedente. Recurso improvido. **Apelação Cível nº 16313-9/99**. Rel. Desembargador Mário Albiani. Julg. 04 de abr 2001. Disponível em <www.tjba.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2010.



BEZERRA, Matheus Ferreira. Direito de Família em uma Perspectiva Humanitária. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba: Editora Unoesc, v 13, n 1, p. 101-116, jan/jun 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1183378 – RS** (2010/0036663-8). Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, DJ 25 set. 2011, Dje 01 fev 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 25 fev. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 – DF** e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 – RJ. Relator Ministro Ayres Britto, DJ 05 mai 2011, Dje 198 13 set 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 fev. 2012.

_____. _____. (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 477.554 – MG**. Agravante: Carmem Mello de Aquino Neta (Representada por Elizabeth Alves Cabral), Recorrido Edson Vander de Souza e Instituto de Previdência dos Servidores de Minas Gerais – IPSEMG, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 26 ago. 2011, DJe 164, vol. 02574-02, p.00287. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25 fev. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. VI. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, v. 6. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. V**. [atualiza por Tânia da Silva Pereira]. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA JÚNIOR. Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (9ª Câmara). **Apelação Cível nº 1998.001.14332**. Relator Desembargador Jorge Magalhães. DJ 23 mar 1999, DPJ 28 de abr 1999. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 21 de jun 2008



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD, N. 27, 2015

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (8ª Câmara). Relações Homossexuais. Competência para julgamento de separação de sociedade de fato dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. **Agravo de Instrumento nº 599075496**. Relator: Desembargador Breno Moreira Mussi. DJ. 17 de jun. 1999. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em 18 de jun. 2008;

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito civil: direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2ª ed. São Paulo: Alfa ômega, 1997.